

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio Barbosa Chaves

**A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA: a função
social da propriedade imobiliária urbana e o dever de edificar**

Belo Horizonte

2017

Fábio Barbosa Chaves

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA: a função social da propriedade imobiliária urbana e o dever de edificar

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C512r Chaves, Fábio Barbosa
A responsabilidade civil nas relações de vizinhança: a função social da propriedade imobiliária urbana e o dever de edificar / Fábio Barbosa Chaves. Belo Horizonte, 2017.
180 f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Responsabilidade civil. 2. Vizinhança - Legislação. 3. Propriedade. 4. Função social da propriedade. 5. Indenização. 6. Planejamento urbano. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.51

Fábio Barbosa Chaves

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA: a função social da propriedade imobiliária urbana e o dever de edificar

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito – Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza – PUC Minas (orientador)

Prof^a. Dr^a. Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira – PUC Minas

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas

Prof^a. Dr^a. Roseli Rego Santos Cunha Silva - UFBA

Prof^a. Dr^a. Naíma Worm - UFT

Belo Horizonte, 06 de março de 2017.

Ao mestre Manoel Bonfim Furtado Correia, pela persistência, dedicação e gratuidade de suas ações. Um sonho por ele projetado e oferecido aos seus para realização de uma vida.

AGRADECIMENTOS

Sem a permissão de Deus, do apoio incondicional da minha esposa Renata, da alegria e espontaneidade das minhas filhas e das orações dos meus pais nada seria possível. Só vocês tiveram a plena consciência do que foi necessário para que este objetivo fosse atingido.

Agradeço especialmente ao meu orientador Professor Adriano Stanley Rocha Souza, pela paciência e desprendimento.

RESUMO

Este trabalho analisa a incidência do instituto da responsabilidade civil nas relações de vizinhança, tendo como objeto a conduta praticada pelo proprietário sobre o seu imóvel urbano com finalidade especulativa, e os danos suportados pelos ocupantes dos imóveis vizinhos. Tem-se como objetivo, demonstrar a existência do dever de indenizar, a fim de ressarcir os prejuízos causados em face da conduta omissiva do proprietário. Nesta relação obrigacional, será considerado como ato ilícito, em sentido amplo e estrito, a não utilização do imóvel urbano, caracterizado pelo não cumprimento do dever de edificar. Para tanto, será abordada a propriedade e sua concepção social, seguindo o aspecto evolutivo, destacando a relevância do instituto e influências políticas, religiosas, econômicas e sociais. O processo de formação e desenvolvimento das cidades brasileiras será retratado a fim de compreender a dinâmica espacial e a relevância dos espaços urbanos para o atendimento de interesse individual e coletivo. As relações de vizinhança são retratadas partindo das hipóteses tipificadas no Código Civil brasileiro e dos conflitos decorrentes do exercício simultâneo de direitos e interesses individuais nem sempre conciliatórios. A função social é apresentada como fundamento estruturante da propriedade imobiliária urbana: determina que seu titular só poderá explorar sua propriedade se estiver em consonância com o interesse coletivo. A partir da conduta definida como não utilização da propriedade exercida sobre um imóvel urbano, todos os elementos da responsabilidade civil passam a ser abordados, a fim de evidenciar a incidência do instituto na hipótese ora retratada. Como causas de exclusão da responsabilidade civil, considerando as relações de vizinhança, serão consideradas as hipóteses de rompimento de nexos causal e as interferências que não contrariam o direito. Será utilizado o método dedutivo: parte-se da premissa de que todo ato ilícito que causa dano a outrem gera o dever de indenizar e a não utilização do imóvel urbano representa conduta que contraria o direito e descumpra a função social da propriedade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Não utilização do imóvel urbano. Propriedade. Função Social. Indenização.

ABSTRACT

This study analyzes the incidence of civil responsibility institute in the neighborly relations, having as object the conduct committed by the owner under his/her property for speculative purposes, and the damage incurred by the occupants of neighboring buildings. The aim is to demonstrate the existence of the duty to indemnify, to compensate the losses caused by the omission in the owner's conduct. In this obligatory relationship, the non-use of building, in broad and narrow sense, will be regarded as an illegal act, characterized by non-compliance with the duty to build. Therefore, the property and its social conception will be addressed by following the evolutionary aspect, highlighting the relevance of the institute and its use in line with each historical moment, marked by political, religious, economic and social influences. The process of formation and development of Brazilian cities will be portrayed in order to understand the spatial dynamics and the importance of urban spaces for individual care and collective interest. Neighborly relations are portrayed starting from hypotheses typified in the Brazilian Civil Code and considering conflicts arising from the simultaneous exercise of not always conciliatory individual rights and interests. The social function is presented as a structural foundation of urban real estate, through which the holder can only exploit it if it is in line with the collective interest. From the conduct defined as non-use of property carried out under an urban property, all the elements of civil liability are addressed, in order to highlight the impact of the institute in the case now portrayed. As causes of exclusion of liability, considering the neighborly relations, one will consider the chances of rupture of causal relationship and the interference that does not contradict the law. The deductive method will be used and the premise is: all illegal act that causes damage to another raises the duty to indemnify. This is the case of the non-utilization of the building because it represents conduct that is contrary to the law as it breaks the social function of the property.

KEYWORDS: Civil Responsibility. Non-use of the building. Property. Social Function. Indemnification.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BNH	Banco Nacional de Habitação
CC/2002	Código Civil de 2002
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EIV	Estudo de Impacto de Vizinhança
EUA	Estados Unidos da América
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana
IR	Imposto de Renda
PEUC	Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios
REL	Relator
RESP	Recurso Especial
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A POSSE E PROPRIEDADE E SUAS INTERFERÊNCIAS NA FORMAÇÃO DAS CIDADES: ABORDAGEM HISTÓRICA	17
2.1 Pré-história	17
2.2 Antiguidade	19
2.3 A Idade Média	21
2.4 A Idade Moderna e o Estado Liberal	24
2.5 Os Ideais Socialistas	29
2.6 O Século XX e a Inserção da Função Social.....	32
2.7 O Direito Brasileiro e a Função Social.....	37
3 O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO E AS CIDADES BRASILEIRAS	41
3.1 A Urbanização: Países Desenvolvidos e Subdesenvolvidos.....	41
3.2 O Processo de Formação dos Centros Urbanos Brasileiros	43
3.3 A Desigualdade Socioespacial	47
3.4 O Mercado Imobiliário e a Dinâmica dos Espaços Urbanos.....	50
3.5 O desenvolvimento econômico e o cumprimento da Função Social no Planejamento Urbano.....	54
3.6 O Plano Diretor nas Cidades Brasileiras	60
4 AS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA E O DIREITO BRASILEIRO	63
4.1 A Propriedade como Expressão de Poder e Autonomia da Vontade	63
4.2 A Tutela de Interesses Individuais e Coletivos no Ambiente Urbano	65
4.3 As Interações Humanas em um Ambiente Urbano e a Reciprocidade.....	68
4.4 A Cláusula Geral para o Direito de Vizinhança e as Principais Teorias	70
4.5 Os Conflitos de Vizinhança	75
4.6 A Judicialização dos Conflitos de Vizinhança.....	78
5 O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL URBANO	83
5.1 A Função Social como Elemento Estruturante da Posse e Propriedade.....	83
5.2 O Conflito entre os Interesses Individual e Coletivo	85
5.3 A Interferência do Estado e as Sanções Urbanísticas	89
5.4 Os Impactos Urbanísticos	92
6 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL	97
6.1 A Função Social da Responsabilidade Civil	97
6.2 O Ato Ilícito.....	101
6.2.1 Exegese a partir do conceito legal	103
6.2.2 A Ilícitude por Abuso de Direito	106

6.2.3 A Ilícitude do Ato em sentido estrito, a partir do descumprimento da imposição legal do dever de edificar	112
6.2.4 A Ilícitude do Ato por Abuso de Direito, a partir do descumprimento da imposição legal do dever de edificar	116
6.3 O Dano	119
6.3.1 O Dano decorrente da Utilização Insuficiente do Imóvel Urbano: descumprimento da função social da propriedade	119
6.3.2 Sujeito Passivo: o vizinho Impactado	123
6.3.3 Sujeito Passivo: a coletividade	126
6.3.4 A liquidação dos prejuízos suportados pelo vizinho: o dano emergente e o lucro cessante	128
6.4 O Nexo Causal e suas Teorias.....	131
6.4.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes	133
6.4.2 Teoria da Causalidade Adequada	134
6.4.3 Teoria da Causalidade Direta e Imediata	136
6.4.4 O Dinâmico juízo de causalidade e o diálogo com o artigo 403 do Código Civil brasileiro.....	139
6.4.5 A Causalidade por Omissão.....	142
6.4.6 O descumprimento do dever de edificar como causa de dano.....	145
6.5 A tutela processual como mecanismo de reparação individual e coletiva	149
7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE.....	153
7.1 A Exclusão do Nexo Causal: Fato de Terceiro, Culpa Exclusiva da Vítima e Caso Fortuito/Força Maior	154
7.2 A Exclusão de Ilícitude: Legítima Defesa, Exercício Regular de um Direito e Estado de Necessidade	159
7.3 A Exclusão de Ilícitude pela Interferência Estatal na Execução da Política de Desenvolvimento Urbano	161
7.4 A Exclusão de Ilícitude em Face da Mitigação do Dever de Construir: Ausência de Infraestrutura Urbana	164
8 CONCLUSÃO	169
REFERÊNCIAS.....	174

1 INTRODUÇÃO

O homem retira do convívio social benesses como segurança, lazer, interação, educação, conforto, produção, entre outras. Mas, para isso, exigem-se limitações, privações, respeito e obediência. O direito de propriedade, corolário da liberdade e da individualidade humana, protegida de abusividades estatais em nome do convívio social, admite em sua constituição a função social.

Mesmo não sendo o único espaço sobre o qual a propriedade deve ser exercida em consonância com os interesses da sociedade, a cidade acaba por apresentar o ambiente propício ao exercício deste direito, mesmo privativo para aquele que o detém, mas atenta à vontade daqueles que igualmente se utilizam do mesmo ambiente urbano para o seu convívio.

O uso que se faz do bem imóvel, a partir da propriedade ou posse exercida sobre ele é eminentemente voltado ao alcance de interesse individual, no caso, do titular do respectivo direito. Porém, em razão do local onde se encontra inserido o objeto sobre o qual se exerce o domínio, e por ser o interesse individual fortemente influenciado pelo meio, o direito de propriedade também deverá ser exercido de forma a atingir os objetivos almejados pela coletividade.

Por esta razão e pelo atual estágio de formação das cidades, o direito de propriedade, a partir do conceito fundamentado na utilidade, tem em sua constituição o interesse coletivo, mesmo que o bem seja manejado para o alcance da vontade do titular do direito. Não se trata de uma concorrência ou mesmo de limitação, mas de uma conjugação de anseios que deverão ser obrigatoriamente conciliados quando se utiliza determinado bem na condição de proprietário.

Partindo do pressuposto de que o cumprimento da vontade individual do proprietário é consequência lógica do exercício da propriedade, a atuação legislativa incidirá para que a função social seja alcançada a partir da externalização deste direito.

Com este intuito, formou-se um sistema normativo de proteção e garantia à função social da propriedade, a partir de previsão constitucional, e regulamentações específicas.

Em decorrência da estrutura legislativa, o poder público passou a exercer atividade fiscalizatória, utilizando-se do seu poder de polícia, a fim de garantir o cumprimento das determinações e critérios previamente estabelecidos. O Estatuto

da Cidade, o plano diretor de cada Município, os códigos de obras, as normas de posturas são representações legais de limitações impostas aos proprietários, como condicionantes ao exercício do seu direito.

Indubitável que o interesse de toda coletividade legitima a existência e imposição de tais regras, diante do potencial lesivo da utilização inadequada de um imóvel urbano. Sobre este aspecto, destaca-se o meio ambiente, o tráfego de pessoas e veículos, a segurança coletiva, o lazer, a saúde, que poderão ser prejudicados pelo ato do proprietário, causando, coletivamente, prejuízos.

A ocupação dos espaços urbanos, adequada e harmonicamente, expressa o anseio coletivo, e por esta razão, deve ser alcançada, mesmo que para isso tenha-se que limitar ou direcionar a forma de utilização dos imóveis urbanos.

A busca pelo ordenamento urbano a partir da atuação estatal, como evidenciado, apesar de representar medidas compatíveis com o interesse coletivo, aptas a compelir o proprietário a destinar o seu bem em favor da coletividade, representa uma iniciativa limitada ao poder público. Ou seja, não havendo previsão legal específica, ou discricionariedade administrativa voltada a este objetivo, a utilização do imóvel, mesmo que seja prejudicial, poderá permanecer sem qualquer interferência.

Com isso, a lesividade alcançada a partir da conduta do proprietário que deixa de utilizar o seu imóvel atendendo a função social, descumprindo o dever de edificar nas hipóteses que a legislação assim impõe, não poderá se limitar à motivação de intervenção estatal, mas apresentada à vítima como hipótese para a busca do dever de indenizar.

Diante desta constatação, e por meio deste trabalho, serão evidenciados a ilicitude da conduta lesiva ora retratada e a viabilidade de se conferir ao causador do respectivo dano o dever de indenizar. Trata-se do instituto da responsabilidade civil, pelo qual viabiliza-se a reação da própria vítima, independentemente da iniciativa pública, como meio de ressarcimento dos prejuízos causados pela conduta do proprietário ou possuidor, que descumpriu função social.

Para que seja evidenciada tal incidência e aplicabilidade, a propriedade, a função social, o processo de formação do ambiente urbano, as relações de vizinhança e os elementos da responsabilidade civil, contextualizados à hipótese de conduta posta em análise, serão abordados de forma evolutiva e sistematizada.

A propriedade será apresentada dentro de um processo evolutivo, tendo como padrão de análise a incidência da função social como seu elemento estruturante, sempre contextualizada ao processo de formação e desenvolvimento das cidades no decorrer da história.

O processo de formação dos espaços urbanos terá como recorte o caminho de formação e estruturação das cidades brasileiras. Para tanto, serão considerados elementos culturais, econômicos, sociais e políticos, como fatores influenciadores da dinâmica urbana.

Os movimentos de ocupação dos espaços, a forma de apropriação, as riquezas e os interesses extraídos do solo urbano serão considerados para que se esclareçam os objetivos almejados pelo proprietário ou possuidor que exercer o respectivo direito sobre o imóvel.

O plano diretor será abordado como instrumento de ordenamento urbano e integrante da estrutura legislativa, destacando a sua utilização como mecanismo essencial para o uso adequado dos espaços e efetivação dos institutos previstos no Estatuto da Cidade.

Já destacada a propriedade e sua incidência urbana, bem como a função social e o processo de formação das cidades, o cenário sobre o qual o direito de propriedade é efetivamente exercido e apto a influenciar outros interesses, positiva ou negativamente, passa a ser objeto de análise. Trata-se das relações de vizinhança, estabelecidas a partir da interação e proximidade física entre os ocupantes dos imóveis vizinhos.

Serão retratadas regras previamente estabelecidas pelo ordenamento, especialmente o Código Civil brasileiro, correspondentes a direitos e deveres, levando-se em consideração os conflitos que normalmente são vivenciados por quem se encontra inserido nesta condição.

Após a contextualização do proprietário do imóvel urbano, na condição de titular de um direito individual, inserido em um ambiente urbano e coletivo ao mesmo tempo, apto a influenciar os ocupantes dos imóveis vizinhos, será retratada a função social como elemento direcionador das condutas que poderão ser praticadas a partir da utilização do bem.

Serão identificadas as condutas que, de fato, incidem sobre a propriedade imobiliária urbana e podem ser consideradas desalinhadas com a finalidade social. Para tanto, serão evidenciados os anseios coletivos, que representam os efeitos que

a vizinhança ou a cidade como um todo, esperam que sejam produzidos a partir da utilização de um imóvel urbano.

A partir do sistema legislativo urbanista, serão identificadas as interferências do poder público junto ao exercício do direito de propriedade, em favor do cumprimento da função social. As hipóteses de atuação, bem como os efeitos coercitivos e sancionatórios serão mencionados como iniciativas estatais em favor do ordenamento urbano.

Uma vez retratados os efeitos da incidência deste sistema legislativo, passa-se a analisar a consequência da conduta, que, ao mesmo tempo, contraria o interesse coletivo e atinge o bem jurídico de terceiro, no caso, o ocupante do imóvel vizinho.

Mediante à responsabilidade civil, a vítima terá a oportunidade de buscar o ressarcimento dos prejuízos causados pela conduta do proprietário ou possuidor, que se utiliza do seu bem para atender interesse próprio, desviado da respectiva função social. Trata-se de omissão, que se efetiva através do descumprimento do dever de edificar junto ao imóvel urbano, fazendo com que permaneça em seu estado original, sem qualquer tipo de benfeitoria.

Os elementos da responsabilidade civil e as hipóteses de sua exclusão serão abordados, inicialmente levando-se em consideração as respectivas construções teóricas; posteriormente contextualizados com a hipótese de conduta, no caso, a omissão já retratada, visando a especulação imobiliária.

2 A POSSE E PROPRIEDADE E SUAS INTERFERÊNCIAS NA FORMAÇÃO DAS CIDADES: ABORDAGEM HISTÓRICA

A relação entre o homem e o espaço já se efetivou por diversas formas ao longo da história. Sendo assim, os institutos da posse e propriedade em uma realidade urbana inserida no século XXI, não podem ser compreendidos sem esta abordagem introdutória.

O estudo evolucionista da posse e propriedade prescinde de delimitação não só do tempo, mas de espaço geográfico e, sobretudo, da definição quanto ao método de divisão temporal.

A representação do espaço na geografia urbana encontra-se revertida de influência, não só econômica, mas cultural, religiosa e política. Cada momento histórico possui valores próprios, que configuram a relação entre o homem e o espaço. Dessa forma, pode-se afirmar que o desenvolvimento intelectual, com a descoberta dos meios de subsistência, a religião doméstica, a relação entre espaço e poder, a valorização econômica, o aumento populacional, a demanda por moradia, evidenciam estágios de desenvolvimento, e são elementos estruturantes desta relação, configurando a cada tempo e local um conceito próprio.

2.1 Pré-história

Este período do desenvolvimento da humanidade se encontra dividido em fases evolutivas, classificadas em períodos, definidos em: Paleolítico, Neolítico e Idade dos Metais. Para a referida divisão, levaram-se em consideração as atividades humanas e o seu grau de desenvolvimento.

Da mesma forma, porém por critério diverso, a pré-história poderá ser segmentada em três épocas – estado selvagem, barbárie e civilização, como defende Engels (1985). Por esta divisão, a divisão de cada fase está relacionada à subsistência humana e as oportunidades oferecidas pela natureza.

A habilidade nessa produção desempenha um papel decisivo no grau de superioridade e domínio do homem sobre a natureza: o homem é, de todos os seres, o único que logrou um domínio quase absoluto da produção de alimentos. Todas as grandes épocas de progresso da humanidade coincidem, de modo mais ou menos direto, com as épocas em que se ampliam as fontes de existência (ENGELS, 1985, p. 65).

A partir do momento que o homem vincula os meios de subsistência com o local onde se situa, o período de permanência e, por consequência, o seu vínculo com a terra, se tornam mais acentuados.

No período primitivo – paleolítico – e fase da selvageria, o homem nômade se apropriava de produtos prontos, oferecidos pela natureza. Por esta razão, após a sua obtenção e consequente esgotamento, não havia outra conduta senão partir à procura de outro local onde fossem oferecidas novas fontes de sobrevivência.

Nesse período, a propriedade sempre esteve ligada aos próprios instrumentos de caça e do produto obtido para sobrevivência, não havendo qualquer relação com a terra.

Na transição com o período neolítico, com o surgimento do fogo e o desenvolvimento de novas formas de se obter o produto de sobrevivência, surgem indícios de grupos sedentários, que passaram a se concentrar em determinados locais, mas sem qualquer relação de propriedade com a terra.

Já no período neolítico, pode-se dizer, inicia a relação efetiva entre o ser humano e o espaço territorial que ocupa, em face do desenvolvimento, mesmo que precário, de técnicas de produção alimentícia e de criação pecuária. A partir daí, passou-se a valorizar a terra, fazendo com que a população se agrupasse e se tornasse sedentária, com a produção em sentido coletivo. As relações sociais se iniciam, assim como a noção de família e religião, organizadas em tribos.

A sobrevivência, desde os primórdios, está relacionada com a propriedade. As tribos passaram a associar o espaço onde produziam riqueza a partir do seu trabalho, à exclusividade. Por certo, não havia qualquer noção jurídica, mas a única relação era com aquilo que se produzia a partir da terra.

Já no último período da pré-história, com a transformação das tribos, organizadas a partir de uma produção e distribuição coletiva, em aldeias, criou-se a estrutura para o surgimento das primeiras grandes comunidades: as cidades.

Não obstante a escassez de dados históricos que relacionam este período de desenvolvimento com a propriedade, que não seja a coletividade como traço predominante, admite-se, como defende Fachin (1988, p. 14), que “a propriedade comum constituiu a primeira forma de propriedade, diretamente ligada à concepção então vigente acerca da família”.

O meio de produção coletivo, como traço preponderante nas organizações sociais primitivas, caracteriza a propriedade, e a define a partir da relação entre a terra e o trabalho. Assim é a definição de Washington de Barros Monteiro (2003, p. 80):

A propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, todavia, paulatinamente, em propriedade individual. Trata-se, contudo, de ponto obscuro na história do direito e sobre o qual ainda não se disse a última palavra.

2.2 Antiguidade

Na pré-história, em razão das poucas referências acerca da propriedade, evidenciou-se que a relação do homem com a terra se iniciou a partir do trabalho. A extração de produtos necessários à sobrevivência, a partir do desenvolvimento da agricultura e pecuária, fez com que o ser humano se fixasse em determinado local, em grupo, e em colaboração mútua.

Da produção coletiva, tem-se o agrupamento de pessoas, a formação das tribos, das famílias, da religião, consolidando as primeiras cidades e civilizações.

A propriedade assume o caráter privatista, torna-se absoluta e individual, a partir das civilizações grega e romana, presumidamente entre os séculos VII e VI a.c.

Entre os gregos, a propriedade passa a estar vinculada, desde sua origem, à família e à religião, com a invocação dos “deuses-lares”, extraíndo a noção de que o instituto não nasceu a partir de uma organização jurídica pré-existente, mas de uma estrutura factual, no caso, doméstica.

Fustel de Colanges, em sua narrativa, ensina:

A idéia de propriedade privada estava implícita na própria religião. Cada família tinha o seu lar e os seus antepassados. Esses deuses podiam ser adorados pela família e só ela protegiam; eram sua propriedade. Os antigos vislumbraram uma misteriosa relação entre esses deuses e o solo. Vejamos primeiramente o lar: esse altar é o símbolo da vida sedentária; o seu próprio nome o indica. Devia estar assentado sobre a terra; uma vez construído, nunca mais deveria mudar de lugar (COLANGES, 2003, p. 66).

A civilização romana tem na propriedade a representação de importantes marcos históricos, vinculando seus estágios de desenvolvimento à forma com que o membro desta importante comunidade se relacionava com a terra.

Pode-se afirmar que a noção acerca deste direito perpassou por três distintas fases.

A primeira, já representada a partir do desenvolvimento da pré-história, tem como característica o agrupamento de pessoas em tribos, com a produção e distribuição coletiva das riquezas oriundas da terra. Por consequência, a propriedade era coletiva.

A etapa intermediária, com o surgimento e o fortalecimento do sentido coletivo, em que a sobrevivência dependia do trabalho coletivo, é marcada pelo surgimento da família e a religião.

O que antes era agrupamento de algumas pessoas, com a maior proximidade e permanência, passou a ser considerado família. A este pequeno e próximo grupo atribuiu-se como propriedade, toda produção advinda do seu trabalho, voltada exclusivamente para a sobrevivência de cada integrante, liderados pelo *pater familias*. Não se permitia qualquer tipo de alienação, e o direito não estava direcionado ao chefe, mas a toda família. Com sua morte, a incumbência era repassada aos herdeiros.

Na terceira etapa, se inicia a individualização da propriedade. Não obstante a delimitação dos espaços territoriais e o seu direcionamento a grupos familiares, a relação entre membros de famílias diversas não deixou de ocorrer, diante das comunidades previamente existentes.

Diante da formação de novas famílias, e a partir da individualização de interesses de cada membro, tornou-se insustentável a titularidade da propriedade ser direcionada exclusivamente à organização familiar, e não ao indivíduo.

Acerca deste caminho, ensina Eduardo Novoa Monreal:

Em Roma, a propriedade aparece inicialmente como uma instituição religiosa, e posteriormente, assume um caráter aristocrático, e só depois, assume caráter individual e privado. Inicialmente, somente haverá uma pequena propriedade privada, quando reduzida a área do direito familiar, de curta extensão, limitada ao imóvel e aos bens pessoais, como dado ou escravo. Na lei das XII tábuas, surge a propriedade mais ampla sobre a terra dentro de Roma, que confere ao seu titular, desde que seja um cidadão romano, amplas faculdades sobre ela. (MONREAL, 1979, p. 7-8, tradução nossa)¹.

¹Em Roma La propiedad aparece en laprimera época como una institución religiosa, em la segunda asume um caráter aristocrático y, en una última, llega a transformase em propiedad individual o privada. Inicialmente solo hay una pequeñapropiedad privada reducida al área delderecho familiar, de cortaextensión (huertos) cuando se trata de inmuebleso circunscrita a cosas muebles, como ganado o

Estando a propriedade, a partir de então, com o *status* de direito individual e absoluto, consolidaram-se os atributos da plena e livre utilização, fruição e disposição.

O direito de vizinhança e noções de responsabilidade civil pode ser observado, apesar de seu caráter precário, a partir da *Lei das XII taboas*, 450 a.C, nas *taboas* VI e VII, que dispunham sobre o direito de propriedade e de posse, assim como o seu exercício, admitindo a possibilidade de ressarcimento de dano causado a um indivíduo em face do exercício do direito de propriedade.

Após a consolidação da civilização romana e o crescimento de seu território de abrangência e influência, a partir das guerras e conseqüentes conquistas, a convivência entre os originários cidadãos romanos, os estrangeiros e os escravos, evidenciaram as desigualdades, sobretudo quanto à propriedade imobiliária, diante das terras conquistadas.

O regime de escravidão foi substituído gradualmente pelo regime de colonato, organizado na forma de trabalho servil, quando escravos e os plebeus empobrecidos passaram a trabalhar como colonos nas terras de grandes proprietários.

2.3 A Idade Média

A cronologia histórica da humanidade coloca o período definido como idade média entre o declínio do império romano e o início do período renascentista, que poderia, em termos aproximados, compreender o espaço temporal entre séculos VIII a XV.

Não obstante a delimitação de tempo, não há ruptura específica de um momento histórico, para o início imediato de seu sucessor. Fatos históricos são narrados como sendo motivadores de conseqüências, não imediatas que levam a mudanças na realidade política, econômica, religiosa e cultural.

Feita esta observação, a história atribui às invasões bárbaras ao território antes dominado pelo império de Roma, motivo determinante para o início de sua

esclavo. Em laley de las XII Tabloas emerge ya una propiedad más amplia sobre latierra, dentro de Roma, que confiere a su titular, con tal que seaciudadano romano, amplias facultades sobre ella

queda, e como fato preponderante à configuração do novo momento histórico definido como Idade Média.

Cáio Mário elucida:

A invasão dos bárbaros, que por si mesma não implicou subversão no regime de bens, uma vez que a idéia de domínio das coisas era tão familiar aos Germanos quanto aos Romanos, carregou, no entanto, por via de repercussão indireta, profunda transmutação nos valores: gerando a instabilidade, a insegurança e o receio, sugeriu a idéia de transferência da terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de proteção à sua fruição (beneficium) e, na medida em que a rede de devotamentos, assistência, auxílio e aliança se estendia, crescia o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária (PEREIRA, 2004, p. 82).

Houve um intenso enfraquecimento do poder político antes exercido pelas cidades, gerado pelo sentimento de insegurança, fazendo com que pequenos proprietários e possuidores de terra cedessem sua titularidade aos grandes detentores, em troca de proteção bélica, e garantia de subsistência. Como referenciado, não houve alteração impositiva de regime jurídico em face de uma nova realidade política ou religiosa.

Aquele que já possuía grande espaço territorial, dentro de um regime de domínio já estabelecido, atraiu aqueles que se encontravam em situação de vulnerabilidade diante da ausência do Estado, e das constantes ameaças bárbaras.

Nesse contexto, a partir da aliança com a nobreza e a igreja, os grandes proprietários pactuaram com a volumosa população vulnerável, sendo-lhes oferecidas terras para cultivo e sobrevivência, em troca de obrigações diversas, especialmente militares.

Portanto, a concretização desta união teve como instrumentos de troca a terra, a assistência material, e a proteção bélica.

Com isso, as primeiras cidades, antes formadas pelo agrupamento de pessoas organizadas em um sistema de produção, que se iniciou a partir do coletivismo da pré-história, evoluindo ao individualismo e exclusivismo patrimonial e do que se produzia na antiguidade, deixou de ser o espaço de ocupação, passando, sobretudo a Europa, por um processo acelerado de interiorização e ruralização.

A partir da formação desse tipo de inter-relação, baseada, sobretudo, na permuta de interesses, o regime domínial passa a conhecer classificações ou níveis diferenciados de exercício da posse, considerando aquela exercida pelo soberano

(titular do domínio eminente), suserano ou senhor feudal (titular do domínio direto) e o vassalo (titular do domínio útil).

Na lição de Francisco Cardozo Oliveira, o domínio útil, representada pela apropriação material do colono, e o domínio do titular, exercido pelo senhor feudal, representava o desdobramento da propriedade e a síntese da feudalidade (2006).

Com isso, mesmo com a manutenção do que já havia apreendido acerca da relação entre o homem e a terra, firmada na antiguidade, a superposição de titulações de domínios, com níveis diversos, contribuiu para a formação de noções atualmente compreendidas entre diversos tipos de domínios.

Arruda Alvim, assinala:

Foi uma constante dualidade de sujeitos. Havia aquele que podia dispor da terra e a cedia a outrem (fosse este quem pagasse o cânon, fosse o servo, etc.), mas a disponibilidade real do bem cabia sempre àquele que detinha o poder político. O direito dos outros, do direito deste se originava e dependia... Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa dada família de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político. E esse sistema existiu durante todo o período do feudalismo (ALVIM, 1987, p. 42).

A igreja surge como grande proprietária de terra, garantida pelas relações de troca estabelecidas com a aristocracia feudal e o soberano, recebendo doações de terra por toda Europa, contribuindo para o já denominado processo de ruralização da Europa ocidental.

Destaca o ensinamento de Orlando Gomes:

A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra desse conceito unitário. Sobre o mesmo bem há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio *domínio eminente + domínio útil*. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela. (GOMES, 2004, p. 115)

Pode-se afirmar que durante a idade média a relação do homem com a terra, antes estabelecida sobre o fundamento da subsistência, passa a representar, sobretudo, uma relação de poder.

A influência e o prestígio da igreja durante a idade média fizeram com que sua teoria penetrasse as relações humanas, influenciando comportamento e conferindo regras de moral antes não obrigatórias. A relação homem-terra teve sua

parcela de interferência religiosa, destacando a doutrina de Santo Tomás de Aquino, discutindo a propriedade privada e sua importância extra-patrimonial.

Com relação a esta abordagem tem-se valorosa contribuição da igreja católica, redefinindo o conceito de propriedade e inserindo à sua estrutura limitação antes não admitida pelo direito.

Santo Tomás de Aquino era contrário ao caráter individualista e absoluto da propriedade, e vinculava o terra/natureza a uma concessão divina, não devendo, portanto, se limitar ao atendimento dos interesses e prazeres de um proprietário.

A comunidade de bens se atribui ao direito natural: não que este prescreve que tudo seja possuído em comum e nada seja tido como próprio, mas sim que a divisão das posses não vem do direito natural, porém de convenção humana, dependendo, portanto, do direito positivo, como foi dito acima. Assim, a propriedade não é contra o direito natural, mas a ele se ajusta, por trabalho da razão humana (AQUINO, 2005, p. 66).

A construção filosófica tomista pode ser apontada como precursora do princípio da função social da propriedade, não obstante, neste contexto histórico, não tenha representado uma nova concepção jurídica deste instituto.

Retratando a visão do filósofo católico, cita Mesquita (2007, p. 95) que “na concepção tomista, o titular do direito de propriedade é como um gestor de bem em benefício da coletividade, naquilo que for supérfluo, excedente para si e para os seus”.

Na visão do autor português Oliveira Ascensão (2000), Santo Tomás de Aquino distinguia a apropriação e gestão de coisas, entendendo que, neste caso, seriam próprias; mas, quanto à utilização, deveriam ser concretizadas como se fossem comuns.

Portanto, o contexto feudal, não obstante ter resultado no enfraquecimento das cidades, em face da ruralização e interiorização da Europa, implicou a estratificação dos níveis de domínio do homem sobre a terra, funções diversificadas exercidas pelo soberano, suserano e vassalo; e, em razão forte influência da igreja, presente como grande proprietária, introduziu o pensamento filosófico responsável pela mitigação do individualismo presente no conceito de propriedade.

2.4 A Idade Moderna e o Estado Liberal

Ainda no período conhecido como baixa idade média destaca-se a criação da primeira universidade, na cidade de Bolonha, resultando na formação de uma nova classe: os intelectuais.

Inseridos em um contexto marcado pela aliança entre a igreja, soberano e o senhor feudal, uma sociedade baseada na fé e no estado, coube a eles introduzirem a ideia de desvinculação entre homem, igreja e estado.

Com isso, a fé e a razão foram colocadas em posições antagônicas. Essa separação foi colocada como condicionante ao desenvolvimento da humanidade. Estes mesmos intelectuais, posteriormente vistos como humanistas, mesmo não negando a fé, não deixaram de reivindicar o direito natural de pensar, de questionar e, por consequência, concluir acerca de conceitos pré-construídos.

Os primeiros ideais humanistas estavam inseridos em um contexto marcado pelo fortalecimento dos Estados, sustentados pela aliança religiosa e dos senhores feudais, que lhes garantiam apoio político e bélico. Portanto, romper com esta estrutura, não só filosófica, mas, sobretudo, de Poder, repercutiria diretamente naquilo que, umbilicalmente, sustentava toda esta estrutura: a propriedade.

Em uma escala evolutiva da propriedade, parte-se da fase pré-histórica, quando o uso, produção e distribuição dos frutos se davam comunitariamente, fazendo com que se formassem as primeiras comunidades (tribos). Passou-se à antiguidade, na qual o caráter individual e privatista preponderou, formando-se as cidades, em que os direitos de propriedade estavam vinculados à família e à religião doméstica, não admitindo qualquer interferência estatal, mantendo seu caráter absoluto. Chega-se à idade média, na qual houve a manutenção desta estrutura privatista, porém com forte relativização de seu caráter absoluto, pois foi marcada pela estratificação dos níveis de domínio, divididos entre o exercício simultâneo do soberano, suserano e do vassalo, influenciada pela igreja, grande proprietária que, contraditoriamente, inseriu as primeiras noções de função social.

Francisco Cardozo, citando José Maria Lasalle, afirma que ainda na baixa idade média o pensamento filosófico já havia convertido o sujeito em elemento central do direito de propriedade. O indivíduo titular do direito é reconhecido como senhor de si mesmo, e único responsável por suas atitudes e vontades (2006).

O estado liberal, seguindo a tendência da baixa idade média, é marcado pelos ideais humanistas, pelos quais os conceitos impostos pela estrutura estatal-religiosa são questionados, e o homem é colocado na história como ser autônomo, detentor

de seu próprio destino, rompendo qualquer influência estatal no seu direito de se relacionar com a terra.

Há, dessa forma, um rompimento de uma escala evolutiva, já que na idade média a propriedade já não era vista como intocável e absoluta, influenciada pela igreja e sua doutrina, tendo como exemplo a filosofia de Santo Tomás de Aquino. E, mesmo assim, atendendo aos anseios da burguesia, a propriedade voltou ao seu caráter absoluto e ilimitado, em flagrante defesa a ameaças futuras de interferências estatais.

Paolo Grossi, identifica este movimento antievolucionista, como algo não-natural:

A relação incluída na propriedade pareceria a um observador da cultura sem preconceitos, durante o século XIX, anti-histórica, anti-social e iníqua. (...) Era uma situação que se esquivou da genuína categoria da relação [de propriedade], para isto confiou em duas posições que estavam agudamente separadas na prática: a posição positiva do *dominus* e a posição negativa da comunidade geral em cima de quem o *dominus* pareceria pairar, solitário e indiferente ao fermento da história cotidiana (GROSSI, 1981, p. 61).

Não obstante os primeiros ideais iluministas terem surgido na Inglaterra e Holanda, foi na França que alcançou o seu apogeu. País que perpassava pelo sistema político marcado pelo absolutismo do rei e as limitações da igreja, oferecia a classe dos intelectuais iluministas fortes motivações para a consolidação de seus ideais, até então teóricos, em uma realidade política e, por consequência, econômica.

A corrente filosófica que influenciou não só os movimentos revolucionários, mas a construção da estrutura normativa voltada à proteção e independência dos interesses individuais, reconstruindo o conceito de propriedade, teve importante contribuição das ideias políticas de John Locke e a filosofia de Kant.

Locke afirma ser o trabalho individual o fundamento da propriedade, sendo esta medida pela quantidade de trabalho exercido pelo homem. A partir deste pensamento, Kant acrescenta que para a efetivação do apossamento daquilo que é exterior à pessoa, não só o labor é indispensável, mas a vontade da pessoa (OLIVEIRA, 2006). Daí se encontra o fundamento da propriedade liberal-individualista, percebido nas primeiras codificações do final do século XVIII.

Não pode deixar de enfatizar que a propriedade, a partir da antiguidade e fortemente na idade média, sempre foi o grande fator de sustentação do Poder. Ou

seja, sem o domínio de terras não havia como o Estado agregar apoio político e bélico, e a Igreja, manter sua forte influência sobre o soberano.

Nesse contexto, destaca-se o empoderamento de outra classe social, extremamente fortalecida após a reestruturação dos ambientes urbanos no pós-feudalismo, e que passou a acumular riqueza econômica, mas permanecia excluída de participação política, submetida aos comandos e abusos do rei e sua nobreza, e das interferências da igreja: a burguesia.

Uma nova visão de mundo passa a predominar, como ensina Jeremy Rifkin:

A última grande mudança na consciência humana ocorreu no início da Era Moderna, com a ascensão da classe burguesa. Sendo um produto das novas cidades que foram centros de um capitalismo incipiente, a burguesia foram os mercadores, os donos de fábricas, comerciantes, acadêmicos e profissionais que encabeçaram o estilo industrial de vida. Em um mundo que estava sendo transformado de casta para classe, eles eram o meio móvel em ascensão, prensados entre uma aristocracia feudal esmorecendo no alto de um proletariado volátil e oprimido de trabalhadores, pequenos agricultores e camponeses não privilegiados, na base. Eles eram empreendedores e acumuladores de capital, os defensores da nacionalidade e da ampliação dos mercados, os realistas que acreditavam que a razão humana podia desvendar os segredos da natureza e codificar as verdades de uma realidade objetiva cognoscível. Eles eram a classe que abandonou a teologia e a salvação celestial pela utopia terrestre. Eles pregaram o evangelho do materialismo e exaltaram as virtudes da propriedade privada (RIFKIN, 2001, p. 162).

Mais uma vez, o rompimento implicaria alteração no sistema de Poder, e por consequência, na relação entre homem e propriedade.

De fato, o iluminismo deixou de ser uma construção filosófico-teórica da classe intelectual, consolidou-se como sistema político-econômico, e ofereceu nova definição de Poder: o Estado Liberal, e como classe dominante a burguesia.

O Estado não poderia interferir em assuntos que fossem de interesse individual, como, por exemplo, a relação do homem com a terra que possuía. Retornando ao status de inviolabilidade, a propriedade passou a ter espaço na recém-criada declaração dos direitos do homem e do cidadão, influenciando a construção do texto da Constituição francesa.

A estrutura urbana, enfraquecida em grande parte da idade média, não pode deixar de ser abordada como expressão de um movimento evolucionista, como o início da idade moderna. Ainda no século XVI, sendo o regime feudal o modelo predominante na Europa ocidental, iniciou-se um processo de transformação.

As paredes dos feudos deixaram de ser intransponíveis, e a compreensão de que havia a necessidade de interação se fez presente, mesmo que relacionado à prática mercantil, na modalidade de circulação de mercadorias. Iniciava a configuração de um mercado, nos seus primórdios incidentes nos territórios vizinhos ao feudo, mas que evoluiu a uma escala mundial.

O fortalecimento dos estados se fez necessário, porém, bancado pela riqueza produzida e acumulada pela classe burguesa, que exercia o comércio em nível mundial, graças ao desenvolvimento tecnológico que viabilizou o transporte para grandes distâncias, como as grandes navegações.

Assim, as cidades se formaram em locais previamente delimitados para a comercialização dos produtos trazidos de diversos pontos da Europa e de fora do continente, fazendo circular riqueza, fato que atraía um número cada vez maior de pessoas.

Portanto, a consolidação da classe burguesa como detentora do poder econômico, o renascimento cultural e humanístico, posteriormente os ideais iluministas, se deram em um contexto eminentemente urbano, tendo o mercantilismo, forma rudimentar do capitalismo, como força propulsora das cidades.

Mesmo assim, para que aquela alteração de poder se consolidasse, sobretudo diante das ameaças do absolutismo ainda vigente em alguns países da Europa, se tornou necessário o estabelecimento de uma estrutura jurídica capaz de estabilizar os interesses, e conferir segurança suficiente à manutenção das estruturas política e econômica recém-estabelecidas.

Desse modo, utilizando-se desta estrutura, concedeu-se à propriedade o status de direito inviolável e sagrado do homem, garantido por previsão expressa no código de Napoleão.

A revolução francesa pretendeu democratizar a propriedade, aboliu privilégios, cancelou direitos perpétuos. Desprezando a coisa móvel (*vilis mobiliumpossessio*), concentrou sua atenção na propriedade imobiliária, e o Código por ela gerado – CodeNapoléon – que serviria de modelo a todo um movimento codificador no século XIX, tamanho prestígio deu ao instituto, que com razão recebeu o apelido de ‘código da propriedade’, fazendo ressaltar acima de tudo o prestígio do imóvel, fonte de riqueza e símbolo de estabilidade. Daí ter-se originado em substituição à aristocracia de linhagem uma concepção nova de aristocracia econômica, que penetrou no século XX (PEREIRA, 2001, p. 66).

Já no século XVII, precisamente em 1804, o Código Civil francês consolida o individualismo da propriedade, e o seu conceito abandona qualquer resquício de direito social e político, para assumir conteúdo de direito eminentemente civil.

As cidades, como reduto da classe burguesa, voltam a representar o cenário de interação, permuta de valores, e relações humanas. Os espaços urbanos concentram moradias, comércio e indústrias, por consequência, conflitos e problemas relacionados à divisão do trabalho e a cumulação de riqueza.

Da mesma forma que os aglomerados urbanos do início da idade moderna ofereceram um ambiente favorável ao desenvolvimento dos ideais iluministas e liberais, este mesmo ambiente passa a representar, no final do século XIX, um cenário propício para a existência de conflitos acerca dos meios de produção e a divisão de riqueza.

2.5 Os Ideais Socialistas

O domínio acerca dos meios de produção desenvolvidos a partir da consolidação dos ideais liberalistas, sempre foi exercido pela burguesia. Inicialmente se apresentou incipiente, a partir da abertura dos feudos, fazendo circular riqueza por meio da troca e comercialização de suas mercadorias. Fortaleceu-se a partir do apoio estatal e a expansão dos mercados de exploração e comercialização, períodos das grandes navegações. Tornou-se ainda mais apoderada, com a dinamização e o aumento da capacidade produtiva de produtos manufaturados, a partir da revolução industrial.

Porém, não há como negar que, por trás do desenvolvimento econômico da classe burguesa, sempre se fez presente a classe de trabalhadores. Não que o comerciante não seja trabalhador, mas para que este circule a riqueza, e com isso, acumule capital, alguém teve que produzir.

Nos feudos, os camponeses fabricavam produtos agrícolas para que outros fossem comercializar. Nas grandes navegações, os comerciantes, já detentores do capital, com o apoio do Estado, se utilizavam da mão de obra de trabalhadores para extrair riqueza de terras antes inexploradas. A partir da revolução industrial, os burgueses, donos dos meios de produção, se utilizavam da mão de obra de trabalhadores para viabilizar a transformação de produtos manufaturados.

Os trabalhadores do século XVIII e XIX estão inseridos em um ambiente urbano, atraídos pelas oportunidades oferecidas pela indústria manufatureira surgida a partir da revolução industrial. A combinação entre cidades e trabalhadores envolvidos em uma escala de produção inimaginável, foi considerada por alguns pensadores da época, responsável pela consolidação do regime capitalista, e por consequência, pela consolidação da classe burguesa/empresarial no poder.

Em nome do aumento da produtividade e, conseqüentemente dos lucros aferidos pela classe empresarial, a relação de trabalho foi alterada, e as desigualdades sociais passaram a ser destaque no ambiente urbano. De um lado, encontrava-se o industrial-capitalista, acumulando mais riqueza a partir das novas tecnologias; de outro, o trabalhador urbano, cada vez mais explorado e excluído do sistema.

Com as indústrias instaladas nas grandes cidades, a propriedade passou a ser considerada um bem de produção, o que não deixa de ser, novamente, um fator de poder. Porém, tendo esta característica, não poderia se concentrar nas mãos de uma só pessoa, ou de um grupo determinado, mas distribuída a toda sociedade.

A observação daquele cenário eminentemente urbano motivou a construção de uma nova corrente filosófica, com forte crítica ao sistema fundamentado na concentração de riqueza e acumulação de capital. A propriedade, como expressão de poder, se encontrava no centro desta corrente de pensamento.

A propriedade era admitida exclusivamente como um meio de produção, e por esta razão, deveria ser revista. Sendo assim, os teóricos da doutrina socialista passaram a tratar dos bens materiais, tendo como fundamento a sua forma de produzir riqueza.

Por esta razão, afirmavam que, seja qual for a relação de produção ou forma de se gerar riqueza, sempre haverá a exploração de uma classe pela outra, o que gerará, inevitavelmente, conflito de interesses.

Não há como deixar de destacar os teóricos Karl Marx e Friederich Engels, entre os anos de 1840 e 1890. Teceram críticas à propriedade privada como um direito, entendendo se tratar de um instrumento de classe, sempre tendente a favorecer a considerada dominante.

Esse caráter classista do direito revelar-se-ia em dois momentos. Por um lado, o direito estabelece directamente o domínio de classe, ao impor normas de conduta que favorecem directamente os dominantes e subjugam

os dominados. [...] A mesma natureza classista teria a generalidade das normas jurídicas, nomeadamente, de direito político, de direito penal, de direito do trabalho, de direito da propriedade, pois todas elas protegeriam juridicamente direitos dos grupos dominantes e imporiam aos dominados a obediência correspondente. Por outro lado, o direito burguês funcionaria também como ideologia de cobertura. Ou seja, criaria uma imagem falseada das relações de poder, ocultando sob a capa da igualdade jurídica - garantida, nomeadamente, pela generalidade e abstracção da lei - as reais desigualdades sociais. (HESPANHA, 2000, p. 145).

Não se pode afirmar que a doutrina marxista era contra aquisição privada da propriedade, mas atribuía à ausência de limitação, a acumulação de terras pelos detentores do capital, e a culpa pela formação da massa de proletariado, que viviam às margens das benesses sociais nas cidades industriais.

O movimento migratório do campo para estas cidades, pós-revolução industrial, seria o resultado da aquisição de todos os espaços disponíveis aos trabalhadores rurais, não restando outra opção senão a procura por um trabalho remunerado no meio urbano.

Portanto, apesar de a propriedade, teoricamente, ser privada e, por isso, sua aquisição disponível a qualquer indivíduo, não havia esta opção à classe de trabalhadores, expulsos de seu habitat natural, e relegados à condição de proletariado, aos quais não se vislumbravam qualquer condição de acesso à propriedade.

Sendo assim, como aponta Vial (2003), a postura dos teóricos marxistas daquela época era negar a propriedade privada, apontando o comunismo como mecanismo de libertação daquela relação de poder, que resultava, inexoravelmente, ao favorecimento da classe dominante.

Não obstante a importância de se compreender a corrente filosófica marxista, há que se enfatizar que sua concretização só foi possível em locais específicos e alcançados pela via revolucionária. Após a consolidação, sua manutenção se deu coercitivamente, fazendo com que sua doutrina fosse assimilada.

Por outro lado, mesmo diante de exemplos isolados, frente à realidade mundial, que ainda permanecia em sistema capitalista, não há como negar sua influência no próprio capitalismo, que foi obrigado a admitir a revisão de suas relações de trabalho, sobretudo após o abalo à economia mundial a partir do ano de 1929.

2.6 O Século XX e a Inserção da Função Social

A configuração da propriedade pós-revolução industrial (séc. XIII), no ápice do liberalismo econômico, revela que ela deixou de estar vinculada à pessoa ou à família, vindo a compor o conjunto de bens que integram o seu patrimônio.

A individualidade do ser humano passou a ser identificada a partir do conjunto de bens, e, neste contexto, encontra-se a propriedade como a sentido desta subjetividade. A partir de então, defender a propriedade, passou a representar a defesa da própria autonomia.

Apesar da distância temporal, e todos os acontecimentos históricos que resultaram nas alterações sociais e econômicas ocorridas no decorrer do século XX, esta configuração, de certa forma, não se difere do que se observa nos dias atuais. Mesmo assim, não há como contestar que a composição do direito de propriedade hoje se encontra permeada de valores coletivos e sociais.

Pois bem, já no início do século XX, os países capitalistas, considerando que já se faziam presentes a concretização dos ideais socialistas em algumas nações europeias (revolução russa de 1917), tiveram suas economias fortemente abaladas, por influência da “quebra” dos valores econômicos cotados na bolsa de valores da cidade Nova Iorque, no ano de 1929.

Dentre todos os fenômenos percebidos após este fato histórico, destaca-se o desemprego e, com ele, a incapacidade de subsistência daqueles que dependiam exclusivamente do trabalho oferecido pelo sistema capitalista.

Surge a necessidade do Estado se fazer presente frente à incapacidade do mercado e, por esforço próprio, amparar a massa de vulnerabilidade social. A doutrina liberal se mostra falha, e a interferência estatal obrigatoriamente passa a ser tolerada pelo mercado.

A propriedade privada, como já especificada, estava inserida na própria individualidade daquele ser humano do início do século XX, que, pela propriedade, expressava a sua personalidade. Porém, com a nova configuração econômica, tornou-se necessária a admissão da ingerência estatal junto aos institutos antes eminentemente privados.

Tal necessidade se confirmou mesmo após a recuperação da maior economia do mundo (EUA), e por consequência, dos outros países capitalistas. Trata-se da realidade dos países europeus nos anos seguintes às duas guerras mundiais.

Com seus territórios e meios de produção devastados, indiferentemente se vencidos ou vencedores, o saldo foi negativo. E a recuperação, novamente, evidenciou a dependência do mercado frente às interferências estatais.

Com exceção dos Estados Unidos, todos os países capitalistas desenvolvidos tiveram que se reestruturar, não só física, mas juridicamente. Nesse contexto, a propriedade privada passa a admitir em sua configuração jurídica contornos publicistas. Não se trata de retirar o direito da esfera privada e individual, como teorizava a corrente marxista, mas admitir o exercício em consonância com outros interesses, que não eminentemente exclusivistas.

Após esta construção, sucedendo o regime liberal, surge o Estado Social e Democrático de Direito, com nova estrutura social, política e jurídica. Para elucidar este contexto, ensina Ivan Ramon Chemeris:

No Estado social e democrático de Direito, opera-se uma completa mudança na concepção de propriedade, visando desvinculá-la do liberalismo individualista, que a orientava desde o nascimento do Estado Liberal, da Revolução Francesa. O direito individual não pode ser exercido ou mesmo concebido em prejuízo da coletividade. O pluralismo suplanta o individualismo, considerado axiologicamente. Dentre os princípios fundamentais a carta de 1988 elenca em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Elege, assim, a dignidade da pessoa humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. O conteúdo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana exterioriza-se em todos os direitos fundamentais. Resulta, então, que por estar a Constituição Federal presidida pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que impregna todos os direitos fundamentais, conseqüentemente impregna também o direito fundamental de propriedade. (CHEMERIS, 2002, p. 40-42).

Para Macpherson, em análise do pensamento de Locke, autor iluminista e racional, não obstante o contexto moderno-liberal que se encontrava inserido, a importância da propriedade foi reconhecida, não só para o titular deste direito, mas para toda humanidade.

Ao que seja-me permitido acrescentar que aquele que se apropria de terra para si mesmo por seu trabalho, não diminui, porém aumenta o estoque comum da humanidade. Pois as provisões que servem ao sustento da vida humana, produzida por um hectare de terra cercada e cultivada (para falar muito dentro dos limites) são dez vezes mais do que aquelas que são produzidas por um hectare de terra, de riqueza igual, e que jazem incultas em terreno comum. E, portanto, aquele que cerca a terra e que tem uma abundância maior das conveniências da vida em dez hectares do que poderia ter de cem hectares abandonados à natureza, dele se pode verdadeiramente dizer que deu noventa hectares à humanidade. Porque a sua labuta lhe dá agora, tiradas de dez hectares, provisões que não eram

senão o produto de cem hectares jazendo em comum. (MACPHERSON, 1979, p. 223-224).

A teoria desenvolvida por um importante doutrinador francês, Leon Duguit, é considerada a primeira que, de fato, tratou especificamente da função social aplicada à propriedade, o que não havia ocorrido até então, mesmo pela doutrina de Montesquieu, Hobbes, Rousseu.

A análise realizada pelo doutrinador francês partiu do pressuposto de que a propriedade, assim como toda instituição jurídica, evolui. Como consequência deste processo, entendeu que ela já havia negado os interesses individuais e consagrado as aspirações da coletividade.

A propriedade como função, e não eminentemente como direito individual exclusivista, é o fundamento inicial para a compreensão de que se trata de um direito outorgado à pessoa, porém o seu exercício está condicionado ao atendimento de outros interesses, elencados pelo sistema jurídico em um patamar superior.

Paolo Grossi, acerca da inserção da função social na estrutura conceitual da propriedade, ensina:

Em oposição a [expressão] 'propriedade como pertencente a' na qual a mensagem de uma cultura de selo de romanista foi encarnada, foi erigida a 'propriedade como função'. Esta visão alternativa de propriedade surgiu como um desafio deliberado a uma noção de 'dominium' que tinha ficado absoluto demais, como um conceito concebido e construído em cima de e sobre a história. (GROSSI, 1981, p. 24).

A proposição do Grossi representa a ruptura entre a propriedade e o direito subjetivo, afirmando se tratar, na realidade, de uma função. No entanto, admitir a inclusão de interesses não individuais não implica afirmar que a propriedade deixaria de ser um direito subjetivo. A função que se faz presente dentro deste direito é a responsável por sua reestruturação frente à construção liberalista.

Como se trata de interesses coletivos, sobrepostos sobre os individuais, realidade aceita pelos países capitalistas frente às contingências históricas do século XX, não há como negar que se trata da Função Social que deve ser seguida pelo direito subjetivo de propriedade.

Alguns exemplos precursores podem ser citados, mesmo antes do momento histórico objeto desta análise.

O Código Civil português, de 1867, consagrou a função social de um direito real, como informa Antônio Riccitelli:

Equiparado aos códigos da época, em termos de desconsideração da função social, o Código Civil português de 1867 inovou com relação aos demais, pois consagrou em seu art. 2.167 a função social do direito real. A outorga concedida pelo rei aos seus súditos mais fiéis de porções de terras comparáveis a países europeus, por meio de concessões de Capitâneas Hereditárias, no Brasil do século XVI representava o domínio das vastas terras pela colonização portuguesa. Fracassado o sistema inicial, vigorava o sistema de sesmarias, o qual condicionava sua concessão ao aproveitamento útil e econômico que geralmente não era atingido. O sistema de posses foi introduzido no Brasil em 1850, pela Lei 601, Lei de Terras, cujo conteúdo permitiu concluir que a aplicação do sistema de sesmaria originou a formação da propriedade privada. A Lei de Terras visava à regularização do sistema distributivo de terras, tornando legal a apropriação originária, a *ocupatio* condicionada à efetiva atividade exploratória do isolamento físico da demonstração do interesse pela gleba ocupada. Apesar de não se poder considerar função social da propriedade, o sistema de regularização de posses pode ser interpretado como antecedente da doutrina posterior que pressupõe o cumprimento da função social pela efetiva utilização da terra. (RICCITELLI, 2003, p. 6).

Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald lembram do precedente Francês do século XIX:

Mesmo antes de qualquer referência doutrinária à função social, a partir do final do século XIX, surgiram na França as primeiras restrições ao absolutismo do direito de propriedade, por intermédio da teoria do absoluto do direito. Lembramos dois casos paradigmáticos: a) proprietário que edifica uma enorme chaminé apenas com a finalidade de emanar gases no terreno vizinho; b) proprietário que levanta alto muro com hastes de ferro, tão-somente para causar danos aos dirigíveis que partiram do prédio contíguo. Nas duas hipóteses, as cortes francesas entenderam que o direito de propriedade não poderia ser utilizado apenas com o propósito de causar danos a terceiros sem o intuito de produzir qualquer proveito ao seu titular. Seriam chamados atos emulativos todos aqueles animados pela simples intenção de lesar interesse alheio. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 201-202).

O direito comparado demonstra que no decorrer do século XX, durante as construções legislativas constitucionais de importantes países da Europa, a função social se fez presente no conceito de propriedade como elemento estruturante e, por consequência, condicionante ao seu exercício.

A constituição republicana Alemã, de 1919, conhecida como carta de Weimar, originariamente trouxe o princípio da função social, o que foi incorporado pela Constituição de 1949, que assim prevê:

Art. 14. Propriedade, direito de sucessão e expropriação. A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. A sua natureza e os seus limites são regulados por lei. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral. (BRASIL, 1987, p. 123).

Isso evidencia que o legislador constitucional alemão admitiu a existência de limites a direitos individuais, dentre eles, a propriedade, e simultaneamente, exigiu que o seu uso estivesse voltado ao atendimento dos interesses individuais, desde que alinhados ao bem-estar de toda coletividade.

Outro país que previu a função social da propriedade em seu texto maior foi a Itália, na Constituição de 1948, ainda em uma dimensão mais abrangente do que a Constituição alemã de Weimar.

Art. 41 – A iniciativa econômica privada é livre. Não pode desenvolver-se se contrapondo à utilidade social ou de uma forma que possa acarretar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. A lei determina os programas e os meios de controle, a fim de que a atividade econômica pública e a privada possam ser dirigidas e coordenadas para objetivos sociais. (BRASIL, 1987, p. 515).

A carta italiana deslocou o direito de propriedade dos direitos fundamentais, decorrência do exercício da personalidade, para ser tratada eminentemente como fato econômico. Também por esta razão, transferiu ao legislador ordinário a incumbência de delimitar os mecanismos de controle.

A Constituição francesa de 1958 não contempla a função social em seu texto, porém admite tal função de forma indireta e pode ser constatada nas construções jurisprudenciais, tendo como fundamento o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem, a partir do conceito de abuso de direito (GRAU, 1979).

Coube à constituição espanhola a condição de protagonista quando se trata de função social da propriedade, ao evidenciar que o interesse da coletividade integra o próprio conteúdo da propriedade, estando subordinada ao interesse geral.

Sua importância e atualidade, não obstante se tratar de uma constituição vigente desde 1978, se evidenciam quando esta expressa a clara preocupação com os atos especulativos, e ainda exige a participação da população nas ações públicas relacionadas aos espaços urbanos.

Art. 33 – Se reconhece o direito à propriedade e à herança. A função social destes direitos delimitará seu conteúdo, de acordo com as leis. Art. 47 – Todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma vida digna e adequada. Os poderes públicos promoverão as condições necessárias e estabelecerão as normas pertinentes para fazer efetivo esse direito, regulando a utilização

do solo de acordo com o interesse geral para impedir a especulação. A comunidade participará das mais-valias que gerarem a ação urbanística dos entes públicos. Art. 128 – Toda a riqueza do país em suas distintas formas e seja qual sua titularidade está subordinada ao interesse geral. (BRASIL, 1987, p. 355).

A constituição chilena de 1.981 também merece destaque, não só por prever expressamente a função social incidente sobre o direito de propriedade e condicionante ao seu exercício, mas por defini-la, conferindo a real dimensão de sua abrangência e aplicabilidade.

A Constituição assegura a todas as pessoas: 24° - O direito de propriedade em suas diversas espécies sobre toda classe de bens corpóreos e incorpóreos. Só a lei pode estabelecer o modo de adquirir a propriedade, de usar, gozar, e dispor dela e as limitações e obrigações que derivem de sua função social. Esta compreende quanto exijam os interesses gerais da nação, a segurança nacional, a utilidade e salubridade públicas e a conservação do patrimônio ambiental. (BRASIL, 1987, p. 215).

2.7 O Direito Brasileiro e a Função Social

A realidade do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro ao longo da história do País expressa o fato de que, durante muito, não se acompanhou o percurso trilhado pelos países europeus, sobretudo em face do longo período em que permaneceu sob os comandos da coroa portuguesa.

O regime de sesmaria, como exteriorização primitiva da função social aplicada ao uso da terra, se apresenta como demonstração de que as terras brasileiras não estavam disponíveis para comercialização entre particulares, e o respectivo uso não estava livre à intenção do seu ocupante.

O governo Português deveria conceder o domínio daquilo que integra o seu patrimônio ao particular, condicionando ao cultivo ou criação de animais. Em termos práticos, a concessão gratuita, que antes era considerada exceção nos termos das ordenações filipinas, passou a ser a regra em terras brasileiras.

Este regime de concessão foi previsto como forma de garantia de subsistência àqueles que se aventuravam a sair do continente europeu, e daqueles já se encontravam em terras brasileiras. Porém, com o tempo, o governo português passou a exigir a concretização de determinadas atividades como condicionante à concessão e à manutenção do domínio de terras brasileiras por particulares, tais

como a construção de engenhos de açúcar, de fortalezas de proteção contra invasão inimiga, de centros para posse de escravos e outras.

Conclui-se, desta forma, que a coroa portuguesa passou a utilizar-se das sesmarias para garantia de seus próprios interesses, terceirizando aos particulares incumbências que eram suas, como a efetivação da estrutura para exportação e comercialização de produtos produzidos e a defesa de seu território. (VARELA, 2002).

A partir de sua autonomia, o Brasil contou em sua primeira constituição, 1824, com a forte influência da doutrina liberal expressa no código napoleônico, que conferia à propriedade a liberdade e autonomia plena.

Somente após a Lei de Terras, Lei 601 de 1850, legitimou-se o regime consuetudinário e, por consequência, as posses já exercidas pelos particulares, dando ensejo às titularizações.

Artigo 5º. [...]

§1º - cada posse em terras de cultura, ou em campos de criação, compreenderá, além do terreno aproveitado ou do necessário para pastagem dos animais que tiver o posseiro, outrotanto mais de terreno devolutivo que houver contíguo, comtanto que em nenhum caso a extensão total da posse exceda a de uma sesmaria para cultura ou criação, igual às últimas concedidas na mesma comarca ou na mais vizinha. (BRASIL, 1850).

Trata-se de regulamento para aquisição de terras devolutas, no qual se exigia como condicionante que o ocupante a submetesse ao cultivo, no sentido de aproveitamento, e só então estaria autorizado a requerer a transferência do domínio.

A primeira Constituição republicada de 1891, seguindo o que já havia sido feito no início do século com primeira constituição, portanto, fiel à doutrina liberal, segue alinhada às influências do código de Napoleão.

Não obstante a supremacia do texto constitucional, a referência legislativa que de fato ditou regras acerca da aquisição e o exercício do direito de propriedade foi o Código Civil brasileiro de 1916.

Após a publicação e durante sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, outras Constituições entraram em vigência, e, mesmo assim, o Código Civil permaneceu como centro normativo do direito privado. Com isso, mesmo quando o texto constitucional previa à propriedade abordagem menos liberal, a incidência normativa às situações fáticas permanecia com a legislação ordinária.

A Constituição de 1934 previu, pela primeira vez, a sobreposição ao interesse privado do que representava o bem-estar geral. No capítulo II, se referindo aos direitos e garantias individuais, assim expressou: “É garantido o direito de propriedade que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. (BRASIL, 1934).

De nada adiantou, na prática, diante da predominância da doutrina liberal impregnada na legislação infraconstitucional, sobretudo no Código Civil.

O pouco feito pelo constituinte pretérito sucumbiu com o texto da Constituição de 1937, que em seu artigo 122, previu a garantia ao exercício do direito de propriedade, independente do cumprimento da sua função social. (BRASIL, 1937).

A carta de 1946 voltou ao patamar abandonado em 1934, reavivando a previsão da função social, ao prever a desapropriação por interesse social no seu artigo 141, § 16º. (BRASIL, 1946).

Finalmente, em 1967, com a constituição outorgada no mesmo ano, manteve-se a desapropriação por interesse social na hipótese de descumprimento da função social, mas fez sua inserção junto ao capítulo que dispõe sobre a ordem econômica e social, artigo 157, inciso III, ao prescrever que a ordem econômica e social tem por finalidade a justiça social, tendo como mote, entre outros, o princípio da função social da propriedade. (BRASIL, 1967).

Não obstante o avanço do legislador constituinte, na prática, de nada adiantava, senão quanto às ações de iniciativa do poder público, já que o centro do direito privado continuava no código civil, cujo texto original ainda se mantinha em plena vigência, através do qual se expressava o ideal liberal e patrimonialista. (CASTRO, 2011).

A Constituição promulgada em 1988 manteve a previsão inovadora da constituição pretérita quanto à função social, inserida no capítulo que trata sobre ordem econômica e social.

Porém, a grande evolução representa a previsão da função social da propriedade como direito e garantia fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII, quando todos são declarados iguais, garantido a inviolabilidade do direito de propriedade, desde que respeitada e atendida a função social (BRASIL, 1988).

A subsunção do direito de propriedade à função social, mais uma vez, não se mostrou apto a representar, na prática, o que estava previsto em sua lei maior.

Como já referenciado, tem-se como justificativa a manutenção, no Código Civil, dos ideais liberais do século passado.

A recepção dos dispositivos do Código Civil de 1916, mesmo com seu texto contradizendo com o que previa algumas das constituições do século XX, representou dois fatores: a ausência de força normativa do texto constitucional, quanto aos dispositivos que previam a função social, e o reconhecimento de que as normas constitucionais não deveriam influir nas relações privadas, mantendo centro normativo diverso, mesmo que representado por lei de hierarquia inferior.

Especificamente no que diz respeito aos espaços urbanos, não obstante o centro normativo e principiológico do direito privado permanecer no Código Civil, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, viabilizando a efetivação do que já se encontrava exposto no texto constitucional, no artigo 182, reorienta o direito de propriedade, impondo coercitivamente a função social como elemento estruturante.

No ano seguinte, com a publicação do novo Código Civil, tornou-se efetivo o alinhamento da estrutura normativa voltada ao direito privado, considerando as normas de aplicação concreta e os princípios norteadores, com o texto constitucional, que já estava em vigência há 14 anos.

Com isso, o direito privado passou a ser visto de forma conectada aos valores da pessoa humana, como estabelecidos na CRFB/88. As cláusulas abertas e gerais passaram a fazer parte do Código Civil, permitindo a prática interpretativa e de aplicação do direito sistematicamente.

A pessoa e a vida social ao seu entorno substituíram o lugar antes ocupado pelo individualismo. Na nova legislação, deixa de prevalecer a ideia de uma vontade individual abstrata e, por isso universal, preponderando a sua relevância a partir da sua relação com a concretude do mundo. (OLIVEIRA, 2006).

3 O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO E AS CIDADES BRASILEIRAS

3.1 A Urbanização: Países Desenvolvidos e Subdesenvolvidos

O processo de urbanização ocorrida nos países da Europa ocidental não se deu de forma constante ao longo dos séculos. Entre a antiguidade e os dias atuais, houve períodos em que a população sentiu a necessidade de se viver em aglomerados urbanos, outras não.

A partir do rompimento gradual da Europa com o sistema feudal, com a retomada das práticas comerciais e do desenvolvimento do mercantilismo, a população voltou a se sentir atraída pelas cidades, envolvida pelas oportunidades geradas pelo comércio e o setor de serviços.

A revolução francesa e, sobretudo, a revolução industrial acelerou este processo, fazendo com que as redes urbanas acentuassem seu ritmo de organização.

No século XIX, o crescimento urbano acelera-se e processa-se em novas bases. Assim, Ph. Pinchemel (1964) escreve em relação à França, abordando a transformação do perfil das extensões urbanas: de uma Europa rural a um cenário de urbanização industrial.

A revolução industrial motivou a população urbana europeia, que teve como ápice de crescimento o período entre os anos de 1850 a 1900. A partir de então, até o início da década de 20, observou-se certa estabilidade neste ritmo, não de crescimento populacional, mas de urbanização. Dentre os fatores que possam ter influenciado durante este mesmo período, tem-se o crescimento mais distribuído entre os locais onde as indústrias estavam sendo instaladas, e a diminuição do êxodo rural e da taxa de natalidade.

Segundo aponta o geógrafo Milton Santos em sua obra Manual de Geografia Urbana (2012), concomitante a esta realidade europeia ocidental, outro cenário apresentava fenômeno completamente inverso. A então União Soviética, que havia passado por um processo revolucionista em 1917, em um sistema socialista, vivenciava o que a Europa ocidental presenciou na primeira fase da revolução industrial. Sua população urbana entre 1920 e 1930 cresceu 50%, e na década seguinte, cresceu 96%.

Enquanto o crescimento da população urbana dos países desenvolvidos se deu de forma gradual, sucedendo em ritmo diferenciado, e influenciado pelas revoluções tecnológicas, sobretudo nos séculos XVIII e XIX, nos países considerados subdesenvolvidos a acentuação do processo de urbanização se deu de forma concomitante e não periódica.

Milton Santos aponta que, “embora a revolução urbana tenha alcançado uma amplitude impossível de ser medida, o crescimento demográfico e econômico, o progresso da informação e as tentativas da organização do espaço são concomitantes.” (SANTOS, 2012).

O período correspondente ao pós-guerra representou para os países desenvolvidos, todos envolvidos de alguma forma nos conflitos, uma fase em que todas as nações tiveram que cooperar, a fim de que a Europa renascesse, reestruturando seus mecanismos de produção, e recobrando sua força de consumo. Dessa maneira, poderiam manter o processo de domínio dos países subdesenvolvidos.

Justamente neste período os países de economia periférica tiveram os mais altos índices de crescimento da população urbana. Para explicar parte deste fenômeno, Milton Santos (2012) cita o que se denomina “efeito demonstração”: os pobres sentem necessidade de consumir os mesmos produtos e da mesma forma do que os ricos. Ciente deste sentimento, busca-se identificar um padrão de consumo dos países ricos que só poderia ser alcançado, ou imitado, caso se estivesse vivendo em cidades.

A forte atração que este padrão de vida urbana exercia na população rural fez acentuar, nos países subdesenvolvidos, o êxodo rural. Ocorre que as cidades não estavam preparadas, não oferecendo oportunidades de emprego que pudessem atender a demanda.

Em decorrência da desproporção entre mão de obra e emprego, estes países não puderam perpassar gradualmente pelos setores da economia, como se deu nos desenvolvidos. Do setor primário migraram diretamente para o setor terciário, e somente um processo de adequação à *posteriori*, com a vinda de indústrias em razão do mercado de consumo que havia sido formado, é que o setor secundário passou a absorver esta contingência.

Observa-se que a urbanização nos países subdesenvolvidos surgiu de forma concentrada, desproporcional e sem infraestrutura, acompanhada por graves

problemas sociais relacionados à segurança, saúde e educação, com uma população economicamente vulnerável, sem condições de moradia regular, acabaram formando verdadeiros bolsões de pobreza, em ocupações irregulares (invasões e favelas).

3.2 O Processo de Formação dos Centros Urbanos Brasileiros

O Brasil é um país cujo território foi descoberto pela civilização europeia no início do século XVI, quando os estados, a igreja e os comerciantes se uniram para se apartar dos limites do feudo, e se relacionar com outros países do mundo, mediante a prática mercantilista.

Foi graças ao movimento conhecido por grandes navegações que este país de tamanho e complexidade continental passou a se inserir no cenário mundial, tendo sua riqueza natural explorada por Portugal, não obstante outros países também tenham tentado.

Considerando a ausência de relatos pré-descobrimento, sobretudo sobre as concentrações indígenas pelo território, as feitorias são apontadas pelos registros históricos como sendo as primeiras aglomerações de pessoas no território. Trata-se de espaços/fortalezas construídos pelos portugueses para proteção contra ataques indígenas e de povos estrangeiros.

Posteriormente, estas mesmas feitorias se transformaram em vilas, onde se desenvolviam não só atos de proteção, mas de concentração do produto explorado para sua remessa à metrópole, o comércio e aquelas atividades relacionadas à religião, realizadas pelos jesuítas.

As vilas de São Vicente, Santos, Olinda, Recife são referências para a formação das primeiras cidades brasileiras, que de fato foram criadas a partir de Salvador ou São Salvador, à margem da Bahia de todos os santos; e a cidade de São Vicente do Rio de Janeiro, à margem da Bahia de Guanabara.

Para facilitar o escoamento dos produtos extraídos do território brasileiro, inicialmente o pau-brasil, posteriormente ouro e diamante, as maiores concentrações populacionais se fixavam em cidades estabelecidas na faixa litorânea, e a coroa portuguesa só admitia a exploração de áreas interioranas quando se justificassem pela extração de minério ou algum produto para exportação.

Por esta razão, pode-se afirmar que para a formação destes espaços, assim como sua arquitetura e técnicas de construção, não havia um direcionamento pré-determinado, seguindo apenas a facilidade de escoamento das riquezas brasileiras para a metrópole, e a intuição.

A geografia das primeiras cidades evidencia a ausência de planejamento urbanístico pelos então gestores portugueses, que permitiam que os moradores construíssem seguindo a própria característica do local, sem qualquer interferência. Neste aspecto, difere da forma de urbanização dos países colonizados pela coroa espanhola, que pré-determinava geográfica e urbanisticamente como as cidades deveriam ser construídas, seguindo determinado padrão urbanístico.

Esta característica pode ser elencada como um importante fator de dificuldade de reestruturação das cidades brasileiras, sobretudo as mais antigas, a fim de solucionar problemas de infraestrutura, sem comprometer a estrutura original.

O processo de interiorização só foi possível graças ao espírito aventureiro de uma parcela dos colonizadores, influenciados pela já evidente miscigenação, destacando aqueles ocupantes da vila de São Vicente.

As cidades brasileiras foram se desenvolvendo tendo como atrativo a comercialização dos produtos explorados de seu território com países estrangeiros, sempre tendo a coroa portuguesa como destinatária ou interveniente obrigatória.

A partir da chegada da corte portuguesa em território brasileiro, as antigas vilas, transformadas em cidades, já possuíam significativa concentração populacional, com comércio próprio, e estruturada em um forte regime escravocrata. Neste momento histórico, há evidências de que o país já enfrentava graves problemas estruturais em suas cidades.

Na obra jornalística definida como 1808, Laurentino Gomes cita alguns trechos de cartas da época em que a família real chegou em território brasileiro, descrevendo o ambiente urbano da cidade de Salvador, e depois da cidade do Rio de Janeiro, evidenciando que naquela época já contavam com seu espaço desigualmente distribuído, privilegiando determinada parcela da população.

Salvador era uma cidade relativamente pequena, de apenas 46000 habitantes, um pouco menor que o Rio de Janeiro, que, nessa época, tinha 60 000 pessoas.

[...]

Na cidade baixa, na faixa rente ao mar, situava-se o quarteirão comercial, com armazéns, oficinas e o cais do porto.[...]

Os mais ricos, e notadamente os estrangeiros, têm também casas de campo e vastos jardins nas alturas, fora dos limites da cidade. O mercado de escravos, a bolsa, as lojas de negociantes, o arsenal e a oficina de construção marítima ficam na cidade baixa. [...]

A ligação entre as duas partes era feita por ruas, ladeiras e becos estreitos, que tornavam o trânsito sobre rodas impossível. (GOMES, 2007, p. 113).

Em seguida, um relato detalhado da estrutura urbana e do ritmo de vida na cidade do Rio de Janeiro:

Em 1808, o Rio de Janeiro tinha apenas 75 logradouros públicos, sendo 46 ruas, quatro travessas, seis becos e dezenove campos ou largos.

[...]

A chegada da família real produziu uma revolução no Rio de Janeiro. O saneamento, a saúde, a arquitetura, a cultura, as artes, os costumes, tudo mudou para melhor – pelo menos para a elite branca que frequentava a vida na corte. Entre 1808 e 1822 a área de cidade triplicou com a criação de novos bairros e freguesias.

A população cresceu 30% nesse período, mas o número de escravos triplicou, de 12 000 para 36 182. O tráfego de animais e carruagens ficou tão intenso que foi preciso criar leis e regulamentos para discipliná-lo. A Rua Direita tornou-se, a partir de 1824, a primeira da cidade a ter numeração e trânsito organizado pelo sistema de mão e contramão. (GOMES, 2007, p. 26).

Além da desigualdade socioespacial evidenciada nas duas realidades urbanas do século XIX, importante destacar outro fator que acabará por caracterizar o tipo de ocupação urbana, presente em praticamente todas as grandes cidades brasileiras da atualidade.

Trata-se do quantitativo de escravos que já habitavam as cidades do Rio de Janeiro e Salvador, além de outros centros urbanos da época. Este fator define não só a formação étnico-cultural da população destes locais, fator evidente, sobretudo nos dias de hoje, mas também a forma de ocupação formada por invasões e ocupações irregulares.

O fim da escravidão no Brasil no final do século XIX, quando ainda se encontrava em vigência a Constituição de 1824, e a Lei de Terras n. 601 de 1850, grande contingente da população negra que vivia em regime de escravidão nas propriedades rurais espalhadas pelo País migraram para as cidades à procura de trabalho assalariado.

Como era de se esperar, não só o mercado de trabalho não conseguiu suportar tamanha contingência populacional, somados aos negros escravos que já estavam nos centros urbanos, mas a própria cidade, com sua estrutura imobiliária,

não suportou a chegada de tantas pessoas necessitadas de moradia e de estrutura suficiente para subsistência.

O crescimento econômico vivenciado pelo país entre as décadas de 1950 e 1960 foi essencialmente ligado ao processo de industrialização. Tal fator impulsionou a saída do homem do campo, atraído pelas oportunidades de trabalho oferecidas nas cidades, e pelas benesses que o consumo de uma vida urbana lhe disponibilizaria. E, mais uma vez, os centros urbanos recebem contingente habitacional sem a devida estrutura habitacional.

Diante da explosão populacional nas grandes cidades brasileiras no século XX, e do conseqüente crescimento do déficit de moradia, sobretudo a partir da década de 60, o governo brasileiro criou programas de financiamento para casa própria, como o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), subsidiado pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), utilizando-se de fundos próprios, oriundos de poupança voluntária da caderneta de poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

Ocorre que este sistema de financiamento já era segmentado na sua origem, considerando o nível de renda. Sendo assim, o mercado imobiliário sofreu uma divisão: um setor dirigido às classes de renda média e alta, operado pelos agentes privados do sistema (agentes financeiros, produtos e construtores imobiliários); e outro dirigido aos setores de baixa renda, operado por agências estatais.

O SFH foi incapaz de atender às necessidades habitacionais da população brasileira, sobretudo a de baixa renda. Entretanto, cerca de 4,4 milhões de unidades foram financiadas pelo sistema no período de 1.964 a 1.986, representando 27% do incremento do estoque de moradias urbanas no período, estimado em 16,6 milhões de unidades (incluindo todos os mecanismos de produção informal, inclusive). No período de 1979-80, a participação foi de quase 50% (ARRETCHE, 1990).

Os financiamentos imobiliários oferecidos, sobretudo pelas instituições financeiras estatais, não foram suficientes a democratizar o acesso à moradia. Os créditos privilegiavam as classes média e alta e as moradias populares produzidas pelo Estado geralmente eram construídas nas periferias.

A extensão das redes de infraestrutura realizadas pelo Poder Público em direção aos locais distantes valorizava as áreas vazias localizadas neste trajeto, beneficiando as atividades especulativas e penalizando os moradores das periferias e os contribuintes que, ao final, arcavam com estas obras.

O fato é que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, conferindo status de direito fundamental à moradia, assumindo o país a incumbência de garantir a todos este direito de forma digna, grande parcela da população brasileira ainda está concentrada em centros habitacionais periféricos, aliados das benesses urbanas, em ocupações irregulares, ou vítimas de políticas habitacionais descompromissadas com o dever de ocupação equilibrado, aproveitando adequadamente os espaços disponíveis nas cidades.

3.3 A Desigualdade Socioespacial

As desigualdades constatadas entre os locais de ocupação dos espaços urbanos podem ser compreendidas a partir da utilização do processo histórico de formação do conceito de propriedade, abrangendo aspectos subjetivos e sociais simultaneamente.

Definir movimentos populacionais dentro de uma cidade, avistando fatores determinantes e suas respectivas consequências em um lapso temporal e situação econômica específicos, oferece um alto grau de complexidade. Mesmo com algumas conclusões, não se pode afirmar se tratar de algo definitivo, frente às infinitas variantes.

Ana Fani Alessandri Carlos, reforçando o que havia prescrito Harvey (2004), retoma a ideia de desenvolvimento geograficamente desigual, como o centro explicativo das diferenças socioespaciais, afirmando:

A existência de uma sociedade de classes [...] diferencia os seus membros a partir do lugar que ocupam tanto na produção como na distribuição da riqueza gerada. [...]

Como centro explicativo da diferenciação e essa imanente à produção espacial, tanto em seu sentido real e concreto (vivido, percebido praticamente, gerando segregações), quanto possível (a ideia de que a desigualdade vivida pode produzir diferença como negatividade. (CARLOS, 2007, p. 45).

O processo de formação das cidades expressa, entre outros fatores motivadores, a atração pelo ambiente urbano, pela perspectiva de que na cidade o padrão de vida, relacionado diretamente ao consumo de bens, lazer, cultura, educação, entre outros, encontra-se em um patamar superior aos demais.

Ocorre que este padrão foi firmado a partir da consolidação do sistema capitalista, visando ao crescimento de mão de obra disponível para produção e, ao mesmo tempo, gerando mercado de consumo.

Portanto, sejam nas cidades de países com elevado índice de desenvolvimento social e rico economicamente, e naquelas localizadas em países com graves problemas sociais, nível educacional precário, e economias fracas, o padrão de qualidade de vida é único.

Afirma Sposito (2014):

O movimento que se desenvolve, desde o início da modernidade, é o da constituição de uma sociedade, a ocidental, e não o de valorização de diferentes sociedades, historicamente construídas, com seus valores, suas práticas, suas formas de viver e produzir espaço. A opção pela constituição da sociedade ocidental e os esforços políticos e ideológicos para a imposição de seus valores sobre todos os outros têm propiciado, cada vez mais, em termos espaciais e temporais, elementos e condições para se cotejar e, ao comparar, impor padrões de uns aos outros, de escala internacional à escala intraurbana. A produção da desigualdade é condição e expressão desse movimento. (SPOSITO, 2014, p. 128).

O padrão unificado de ocupação gera desigualdade à medida que desconsidera por completo as diferenças. O êxodo rural em qualquer país não desenvolvido tem como principal fundamento a busca pelo melhor padrão de vida. A escala que define o bem-estar é pré-definida e, na maioria das vezes, não considera especificidades de cada local e de sua população.

Dentro desta escala, a vida no campo, em situação de produção e trabalho, passou a ser considerada excludente. Para que o trabalhador e sua família tenham acesso ao que melhor é oferecido, necessariamente teriam que migrar para cidade.

Não há como negar que a economia urbana impulsiona o processo de formação dos espaços, porém outros aspectos igualmente motivam as pessoas a migrarem para cidades. Francisco Cardozo Oliveira, citando Mark Gottdiener e Henri Lefebvre, afirma que não deve ser atribuída ao fator econômico exclusividade quanto ao processo de urbanização. Na realidade, deve-se fugir do *economicismo*, já que a cidade não pode ser entendida como um simples resultado da soma de locais de produção e respectivo consumo.

Na realidade, Lefebvre reconhece que o espaço urbano é uma das forças de produção, sendo que por meio dele a sociedade se reproduz. Esta constatação permite concluir que o sistema capitalista permaneceu vivo, em parte, graças aos

espaços urbanos, com todas as especificidades relacionadas ao modo de produção, e pelo padrão de sobrevivência reproduzido pelas relações sociais desenvolvidas neste cenário (OLIVEIRA, 2006).

Dessa forma, como resultado desta concentração, que integra o processo de formação urbana, tem-se o encontro de pessoas com os mais diversos traços culturais, conjugando o mesmo espaço territorial, porém recebendo de forma impositiva uma cartilha comportamental.

A ocupação de áreas centrais ou periféricas nem sempre está relacionada a oportunidades, podendo representar até mesmo opção de cada morador. Porém, na maioria dos casos, obedecendo ao padrão único de qualidade de vida, como referenciado, o imigrante urbano se vê atraído a ocupar áreas próximas às oportunidades de trabalho, que nas cidades em processo de desenvolvimento, estão concentradas no setor terciário, cujas oportunidades estão geograficamente concentradas nas áreas centrais.

Este fenômeno atrativo é histórico e repetitivo em qualquer cidade no mundo, em graus diversificados, dependendo do tamanho da cidade.

A utilização de índices de densidade representa um importante referencial, para que se avalie técnica e financeiramente a forma de distribuição e consumo dos imóveis da cidade, assim como da infraestrutura e serviços públicos em uma área residencial. Pode-se afirmar que, quanto maior a densidade, melhor será a utilização e maximização da infraestrutura. (ACIOLY; DAVIDSON, 2011, p. 14).

Supõe-se, com isso, que a concentração populacional atrai das administrações municipais maiores investimentos, relacionados à infraestrutura urbana, serviços e transporte; por outro lado, também garante uma maior taxa de retorno, com as receitas relacionadas às taxas e impostos pelo uso deste conjunto de benefícios.

Em cidades já estruturadas e populosas, várias áreas, simultaneamente, podem ser consideradas centrais, levando-se em conta índice de oferta de oportunidades. Sendo assim, não somente uma só concentração, mas várias, espalhadas em diversos pontos daquela mesma cidade, podem ser referenciadas como ponto de atratividade, que gerarão maiores densidades.

Porém, sejam em cidades com único ou com vários eixos centrais, atrativos de oportunidades, um fator pode ser considerado comum: o alto custo da moradia nestes locais.

O mercado imobiliário, como qualquer outro, se regula, sobretudo, pela quantidade e qualidade de oferta e de procura. Sendo o produto deste mercado o imóvel urbano, havendo baixo índice de disponibilidade, e alta procura por suas ocupações, a consequência natural será o elevado valor do metro quadrado nestas localidades.

O custo moradia é causa de afastamento da população dos locais dotados de melhor infraestrutura, causando um fenômeno conhecido das realidades urbanas de países não desenvolvidos: a formação de periferias, com características opostas àquelas localidades já descritas, compostas por sub-moradias, irregularidade fundiária e ausência de infraestrutura mínima.

Com isso, as cidades desiguais são caracterizadas por um eixo ou eixos centrais, valorizados e bem estruturados, onde normalmente se localizam as melhores oportunidades de emprego, educação, lazer, saúde, segurança; e outros periféricos, caracterizados por ocupações ilegais (ausência de titulação imobiliária), violência, educação, saúde e transporte, quando existentes, em situações precárias, e total ausência do estado. Pode-se afirmar que o único ponto em comum é a alta densidade populacional nos dois eixos.

Problemas relativos à elevada concentração habitacional, nos eixos centrais valorizados, e nos eixos periféricos, podem estar relacionados não só à dinâmica do mercado, mas em face da omissão do poder público responsável pela organização urbana. Políticas públicas voltadas à distribuição adequada dos espaços urbanos, atendendo equilibradamente as dinâmicas migratórias dentro das cidades, são, na maioria dos casos, eficientes para que se alcancem níveis densitários equitativos em uma mesma cidade.

3.4 O Mercado Imobiliário e a Dinâmica dos Espaços Urbanos

Como já evidenciado, a valorização do espaço urbano ocorre independentemente do eixo urbano onde se localiza, uns mais, outros menos, conforme a dinâmica do mercado imobiliário.

As empresas que atuam na comercialização de imóveis, atentas à mobilidade habitacional e cientes da escassez cada vez maior de imóveis disponíveis em grandes cidades, buscam, através de empreendimentos imobiliários cada vez mais

distantes, criarem alternativas e comercialização de novas áreas, visando exclusivamente ao lucro e descompromissadas com o equilíbrio urbano.

Trata-se de um fenômeno concreto, porém, não deve se render à tentação de resumir o processo de urbanização a aspecto meramente econômico, como já disposto em tópico anterior. A abordagem que deve ser feita é a que direciona o mesmo processo de formação à ideia de produção social, que destaca a ação do cidadão, com o seu histórico cultural e social, autônomo para tomar as suas decisões, protagonista na construção da sua própria realidade urbana.

O imóvel como produto de comercialização deixou, há muito tempo, de ser considerado como aquisição destinada à moradia, representando uma opção de investimento. Prédios já construídos eram adquiridos pensando em um mercado de locação, e prédios rústicos (não construídos), para o mercado especulativo.

A demanda por moradia dá ensejo ao fomento do mercado de aluguel de imóvel residencial, em que o morador se utiliza de parte do seu ganho habitual para custear sua moradia, pagando ao real proprietário certo valor periodicamente. Há que se considerar que esta opção de investimento também se aplica aos imóveis comerciais. Trata-se de atividade mercantil, responsável pela circulação de riqueza, e sem grandes repercussões para o desenvolvimento urbanístico de determinada cidade.

Por outro lado, a aquisição de imóvel rústico, sem qualquer construção, com fim especulativo, expressa oportunidade de investimento e, por consequência, possibilidade de rápido ganho financeiro, mas pode representar grandes prejuízos para o desenvolvimento urbano de determinada cidade.

As empresas especializadas em empreendimentos imobiliários estão neste mercado para lucrar, e não poderia ser diferente, já que este é o objetivo de qualquer organização empresarial. Ocorre que, para o alcance dos seus objetivos, os empreendimentos destinados à comercialização (compra e venda) são ofertados, em grande parte, sem prévio estudo urbanístico.

Ou seja, para serem colocados novos imóveis no mercado, basta o estudo mercadológico, pouco importando se naquela cidade há áreas subutilizadas, e que poderiam ser ocupadas antes que se ofertem outras.

Mesmo havendo espaço disponível para ocupação, seja residencial ou comercial, os loteamentos são lançados e comercializados, levando-se em conta a força atrativa do mercado especulativo. Como consequência, tem-se mais uma vez o

desequilíbrio, desta vez não só populacional, mas de ocupação dos espaços, causando os vazios urbanos.

Novamente, ensinam Acioly e Davidson:

A ausência de uma gestão urbana eficiente faz com que a densidade urbana tenda a aumentar em locais com alta acessibilidade, particularmente em relação ao emprego, serviços urbanos e a altos níveis de infraestrutura, onde o custo da terra será conseqüentemente mais alto. Se inexistem alternativas de mercado ou soluções induzidas pela ação do governo para a oferta de habitação e terrenos, a tendência natural será o aumento da densidade populacional através de mecanismos informais de densificação. [...] As distorções existentes no mercado imobiliário, bem como o quadro institucional, legal e normativo em vigor, e a atividade do setor privado no mercado imobiliário irão ditar o ritmo e a amplitude que esse fenômeno irá assumir.

Os governos locais podem intervir nesse fenômeno, estimulando, reforçando certas tendências e gerenciando o processo de densificação, ao assumir um papel de facilitador (*enabling role*) e de agente monitor de mercado imobiliário. (ACIOLY; DAVIDSON, 1998, p. 24).

André Del Negry (2012), ao diferenciar “cidade-modernidade” de “cidade-modernização”, afirma que as cidades transitam, partindo do público e indo para o mercado. Com o mercado imobiliário especulativo, o espaço público de inclusão fica marcado pela fabricação de ilusões necessárias para construção do espaço.

A influência do mercado imobiliário, exercendo o papel de oráculo do investimento, dita a dinâmica de ocupação, devidamente ajustada à ausência e descompromisso estatal, que não deixa de lucrar, considerando o aporte arrecadatário oriundo de tributos relacionados com a ocupação territorial, cujo imóvel torna-se mais valioso frente ao caráter especulativo, e com a prática de serviços no âmbito do município.

Milton Santos (2009), acerca da organização interna das cidades, afirma que quanto mais populosa e vasta, mais diferenciadas serão as atividades e estruturas de classe, gerando em sua ocupação vastas superfícies entremeadas de vazios, denominado de “cidades expandidas”, além de um modelo específico de centro-periferia.

A especulação imobiliária deriva, em última análise, da conjugação de dois movimentos convergentes: a superposição de um sítio social ao sítio natural; e a disputa entre atividades ou pessoas por dada localização. A especulação se alimenta dessa dinâmica [...]; quanto aos lugares de residência, a lógica é a mesma, com as pessoas de maiores recursos buscando alojar-se onde lhes pareça mais conveniente, segundo os cânones de cada época, o que também inclui a moda. É desse modo que as diversas parcelas da cidade ganham ou perdem valor ao longo do tempo.

[...] O capitalismo monopolista agrava a diferenciação quanto à dotação de recursos, uma vez que parcelas cada vez maiores da receita pública se dirigem a cidade econômica em detrimento da cidade social. A terra urbana, dividida em loteamentos ou não, aparece como promessa de lucro no futuro, esperança justificada pela existência de demanda crescente. Com as terras apropriadas (mas não utilizadas) são cada vez mais numerosas, a possibilidade de dotá-las dos serviços requeridos é sempre menor. Daí, e de novo, uma diferenciação no valor de troca entre as diversas glebas e assim por diante. É assim que a especulação se realimenta e, ao mesmo tempo, conduz a que as extensões incorporadas ao perímetro urbano fiquem cada vez maiores. (SANTOS, 2009, p. 107).

As organizações empresariais que atuam no ramo imobiliário, assim como aqueles que optam por investir o valor correspondente ao excedente obtido com o seu trabalho na aquisição de imóveis, têm como finalidade o lucro. Aquelas chegam ao seu objetivo a partir da escolha deliberada de determinado espaço urbano para o lançamento de loteamentos, e estes completam o ciclo atendendo ao apelo mercadológico, realizando a aquisição dos imóveis recém-parcelados. Esta dualidade de atuação se mostra exitosa, a partir do resultado final: a valorização.

Não há, por certo, o exercício de um direito não tutelado pelo ordenamento. Trata-se da liberdade de exercício de uma atividade econômica, partindo da decisão voluntária acerca da destinação do produto que integra o próprio domínio.

Nesse sentido, Vitor Carvalho Pinto (2005) ressalta a necessária parcimônia frente à atividade exercida pelo proprietário, que não pode ser compelido a desempenhar atividade no interesse exclusivo da sociedade, e impõe um limite para tal exigência. A subsunção da atuação do proprietário ao interesse da coletividade só poderá ser legítima, desde que mantenha a viabilidade econômica do empreendimento.

Chega-se ao conflito entre a vontade individual (lucratividade), e o interesse coletivo (distribuição e ocupação equilibrada dos espaços urbanos).

Admitir a prevalência do interesse privado, como elemento de autonomia, significa legitimar a aprovação de loteamentos em locais ermos, e distante da infraestrutura urbana previamente estabelecida, assim como a manutenção de espaços urbanos sem qualquer utilização ou subutilizados, em caráter especulativo, simplesmente aguardando sua valorização.

Por outro lado, admitiria a aumento vertiginoso do gasto de recurso público, destinado à construção de nova infraestrutura, não obstante a existente e não utilizada, para garantir a integração da população periférica, e de todos os danos

causados àqueles que utilizam adequadamente seus imóveis para moradia ou exercício de atividade profissional, mas são obrigados a conviverem próximos a imóveis abandonados.

Destaca-se a lição de Hannah Arendt:

A profunda conexão entre o privado e o público, evidente em seu nível mais elementar na questão da propriedade privada, corre hoje o risco de ser mal interpretada em razão do moderno equacionamento entre a propriedade e a riqueza, de um lado, e a inexistência de propriedade e a pobreza de outro. Esta falha de interpretação é tão mais importuna quanto ambas, a propriedade e a riqueza, são historicamente de maior relevância para esfera pública que qualquer outra questão ou preocupação privada, e desempenharam, pelo menos formalmente, mais ou menos o mesmo papel como principal condição para a admissão do indivíduo à esfera pública e à plena cidadania. (ARENDR, 2003, p. 71).

Como lembra novamente Francisco Cardozo Oliveira, é certo que a produção social é o fator preponderante na urbanização, mas é certo que os problemas suportados pela população que compartilha os espaços urbanos decorrem de uma complexa relação de fatores, de cunho cultural, político e, sobretudo, econômico. Isso pode ser constatado nas cidades, na sua dimensão espacial, de forma a evidenciar o conflito em torno da apropriação do espaço. (OLIVEIRA, 2006).

A conjugação dos interesses e sua harmonização devem exercer papel preponderante nos instrumentos de planejamento urbano. Não se trata de isolar qualquer dos titulares, e atribuir a cada um sua cota de direitos, mas teorizar a forma de exercício de direitos aparentemente conflitantes, possibilitando o proveito, mesmo que seja em patamar inferior ao originariamente pretendido, mas que continue a viabilizar a execução das respectivas atividades.

3.5 O desenvolvimento econômico e o cumprimento da Função Social no Planejamento Urbano

De forma geral, planejar significa teorizar antecipadamente as medidas que deverão ser realizadas a fim de se alcançar determinado objetivo.

As cidades devem ser pensadas como um complexo de espaços físicos pré-delimitados e destinados à realização dos interesses de cada proprietário e/ou possuidor, desejados individualmente, ou que compreendam a vontade de todos de forma conjunta. Neste caso, a representação é outorgada para um só ente.

Planejar a sua formação e o seu desenvolvimento significa prever as condutas e medidas que deverão ser seguidas, por parte dos proprietários e do administrador comum, a fim de concretizar os referidos interesses.

No exercício do direito de posse ou propriedade sobre determinado bem, vontades diversas podem ser conflitantes, não obstante tenham partido de um mesmo sujeito. O interesse do proprietário ou possuidor de usar e dispor do seu bem de determinada forma, visando ao proveito próprio, pode conflitar com o interesse deste mesmo titular quando analisado de forma coletiva.

Viver em uma cidade que tenha os seus espaços equilibradamente ocupados, com suas construções edificadas segundo um padrão de segurança e critérios mínimos de salubridade, por exemplo, caracteriza-se como interesse da coletividade, mas, antes, integra a vontade do próprio possuidor ou proprietário do imóvel urbano. Sendo assim, mesmo sendo flagrantemente conflitantes, partem de um mesmo interessado.

A partir deste pressuposto, atribui-se ao legislador, garantindo a participação dos interessados, direta e indiretamente, a elaboração do plano que será responsável por atender os anseios, sejam eles individuais ou coletivos.

O planejamento urbano deve se encontrar integrado a um programa de desenvolvimento, atendendo critérios de sustentabilidade, com metas que deverão ser alcançadas em curto, médio e longo prazo. Por esta razão, sua execução não deverá estar atrelada a uma política de governo, na qual se planeja para a execução em, no máximo, o mesmo prazo do mandato eletivo do administrador público.

Referindo-se a esta possibilidade, Andéa Fabri (2010) ressalta que os planos governamentais, se existentes, não passam de programas de governo, com todas as marcas da pessoalidade do Executivo, e que dificilmente uma equipe governamental preserva os programas de equipe que a antecedeu, nem planeja, em regra, por prazo superior ao mandato eletivo.

Por fim, a referida autora ressalta a necessidade de despolitização dos planos de desenvolvimento de uma cidade, propondo a criação de um organismo apartado das ingerências governamentais, que possam ter independência orçamentária e administrativa para pensar e executar políticas de desenvolvimento urbano.

O planejamento urbano deve ser elaborado a fim de atender necessidades coletivas, como o agrupamento ordenado, a utilização equilibrada dos espaços, a

localização adequada e democrática dos equipamentos urbanos, a presença de elementos da natureza, garantindo a sua preservação, entre outros.

Porém, não deve estar apartado de interesses econômicos, garantindo a produção, e a consequente distribuição de riquezas. Uma cidade deve oferecer condições para que o seu morador possa atingir suas expectativas econômicas, já que as condições de manutenção e investimento desta mesma estrutura serão diretamente proporcionais à capacidade gerencial do administrador público, e, sobretudo, à capacidade arrecadatória da cidade.

O progresso econômico não pode ser considerado um objetivo incompatível com o desenvolvimento social. Não obstante cingir ao campo teórico, importante lembrar-se da teoria econômica do Direito desenvolvida por Richard Posner, pela qual se reconhece que ao lucro obtido a partir do desenvolvimento de determinada atividade econômica corresponde uma perda, que deverá ser suportada. (2010)

André Del Negry, citando a teoria de Posner e trazendo para o contexto dos países não desenvolvidos, ensina:

Assim, declinou Posner que o lucro, em si, tem que reservar uma partilha de si mesmo para reparar uma perda econômica, uma vez que ele acredita na hipótese permanente de que todo ganho pressupõe uma perda, a qual deve ser compensada. Exemplifica-se: o problema das favelas se agravou nos últimos anos. Apesar da ocorrência, constata-se o aumento constante de edificações luxuosas em áreas próximas àquelas localidades. Em um lance controverso, podemos detectar que o edifício cresce, e a favela, ao lado, não muda; a bem dizer a realidade até pode piorar. O crescimento estimado da construção, de fato, ocorreu, pois o edifício cresceu, o que não significa que a situação econômica melhorou para todos os moradores da favela. Se houve crescimento, neste exemplo, para um lado, houve queda constante do outro. O crescimento para os favelados foi zero, se comparado aos proprietários construtores de edificações. [...]

Percebe-se que a teoria de Posner é capaz de desenvolver políticas econômicas para que o ganho já incorpore uma indenização a ser recolhida para um determinado fundo, pois todo ganho corresponde a uma perda. (NEGRI, 2012, p. 129).

Voltando à atuação dos empreendedores imobiliários, sejam as incorporadoras responsáveis pela criação de loteamentos e outros empreendimentos, sejam os investidores que adquirem imóveis para fim exclusivamente especulativo, aplicando a teoria de Posner, não deve ser impedida ou dificultada a atuação de cada indivíduo que invista seu capital para o desenvolvimento desta atividade, e com isso, gere riqueza, mas que sejam incluídas medidas suficientes a garantir a destinação de parte dos recursos auferidos ao atendimento do interesse coletivo,

como aqueles já referenciados. Ou seja, a todo ganho oriundo de uma atividade lucrativa corresponde uma perda.

Sob o aspecto eminentemente tributário, no Brasil não há como afirmar que tal teoria estaria sendo aplicada, já que o seu sistema federativo e a repartição constitucional da capacidade de tributação e arrecadação concedem aos entes federativos o direito de exigir parcela significativa da riqueza produzida pelo empreendedor, incidindo tributos sobre a atividade econômica (municipal), a circulação de produto ou serviço (ICMS) e sobre o lucro auferido (IR). Porém, a teoria econômica formulada por Posner prevê a aplicação de parte dos lucros para minimizar as consequências da atividade desenvolvida, ocorre que, no contexto tributário, não há uma destinação específica para o produto arrecadado.

Admitir que, ao uso da propriedade como atividade econômica corresponde um compromisso com o atendimento de outros interesses, que não o do seu titular individualmente, não deixa de ser a afirmação de que o direito de propriedade possui função social, mesmo que busque quase sempre gerar riqueza.

A riqueza pode ser dimensionada, e até mesmo comparada, no sentido utilitarista do termo à acumulação de bens. Porém, destaca Posner, que não obstante o vínculo que se estabelece entre riqueza e utilidade, a busca que se funda em um modelo voluntário de transação de produtos e serviços, dentro de um ambiente de mercado, não impede que haja uma escolha individual, e este aspecto não se encontra no utilitarismo.

O utilitarismo como critério ético de escolha inibe a voluntariedade, apesar de não viciar qualquer ato de disposição, mas por atrelar felicidade à obtenção de riqueza.

As escolhas que se realizam quando se planeja uma cidade, considerando a divisão de espaços, a forma de ocupação, a produção econômica, e outros aspectos, uma vez revestidas de um critério ético-utilitarista, terão em suas justificativas traços que evidenciarão a busca pela obtenção de progresso no sentido de riqueza, algumas vezes direcionadas à coletividade, outras ao indivíduo.

Várias decisões administrativas e individuais são tomadas buscando maximizar riquezas, sendo assim torna-se imprescindível outra constatação de Posner, segundo a qual, além do utilitarismo, outro valor que sustenta a maximização da riqueza como objetivo que deverá integrar as ações de planejamento é a liberdade econômica. (POSNER, 2010).

Voltando à realidade brasileira, em que a estrutura governamental se mantém graças ao exercício de atividades geradoras de riquezas, incluindo aquelas desenvolvidas por empreendedores, investidores e especuladores imobiliários, o sistema legal, constitucional e infraconstitucional, prevê princípios e regras cogentes aplicáveis ao titular do direito de propriedade sobre o imóvel urbano, direcionados ao atendimento da função social.

Tal previsão pode ser interpretada como sendo uma forma de adequação da maximização das riquezas produzidas em solo brasileiro, sob aspecto econômico e utilitarista, com a ética voltada à justiça social?

Posner, mais uma vez trata sobre esta abordagem, e traz o exemplo de uma medida judicial hipoteticamente proposta por um vizinho contra um proprietário de fábrica de tijolos. No caso, a construção da fábrica teria provocado mudanças imprevistas na aparência do respectivo bairro, transformando-o em uma região pouco utilizada, julgada inteiramente procedente. Afirma o autor que uma situação como esta, ou seja, a instalação de fábricas em um ambiente coletivo (urbano), e sua respectiva tolerância, representa um caso típico de sacrifício do indivíduo em prol do bem-estar coletivo, não obstante o seu provável ressarcimento pecuniário.

A produção de riquezas a partir da exploração dos espaços urbanos, como já destacado, não pode ser considerada, por si só, atividade ilícita. A ilicitude se depreende quando a atividade não atende a função social e causa danos a terceiros. Sendo assim, não há como ignorar que atividades como a formação de novos loteamentos ou empreendimentos imobiliários geram inúmeros empregos diretos e indiretos, fazem circular mercadorias, serviços e fomentam o comércio e a indústria local. Mas tais empreendedores devem estar cientes de que estas atividades lucrativas exigem perdas ou sacrifícios, como no exemplo de Posner, que implicou indenização paga por prejuízo suportado por terceiro impactado, mas que poderia igualmente resultar em dever de compensar coletivamente prejuízos amargados por um bairro ou uma cidade inteira.

A estrutura legislativa brasileira representa este posicionamento, em certo ponto, a partir da previsão da Função Social inserida sobre a propriedade como atividade econômica, na Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988, artigo 170, incisos II e III, e considera a propriedade privada uma garantia, ao lado da livre iniciativa.

A função social deve ser atendida a partir do exercício do direito de propriedade sobre um imóvel urbano, o que significa dizer que o bem comum, mesmo que de forma mediata, deve ser buscado para atender a finalidade maior da norma.

A estrutura legislativa brasileira construída a partir do texto constitucional de 1988, como já relatado, não deixa dúvida de que a função social não é um elemento externo limitador do exercício do direito de propriedade, mas um componente estrutural, integrando o próprio conceito de propriedade.

Sua tipificação é de fácil constatação, como no capítulo referente à ordem econômica, já citada, mas igualmente nos artigos 5º, incisos XXII e 182. Porém, em nenhuma previsão constata-se a existência de um conceito de função social da propriedade urbana. Diante desta realidade, lembrada por Elza Maria Canuto (2010), torna-se necessária, para formação de uma base teórica, a conceituação deste instituto.

As previsões legais são fontes de elementos que devem integrar a referida conceituação, porém são apresentadas de forma desconectada, e devinculadas às realidades locais.

O artigo 182, §2º da CFRB, como exemplo, faz remissão ao Plano Diretor de cada cidade, o que, evidentemente, inviabiliza a formação de um conceito único. O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, elenca várias diretrizes para o alcance da função da social da propriedade urbana, que também merecem a devida contextualização, frente as diversas realidades.

De fato, não há como elaborar um conceito único a partir das previsões acima elencadas, mas os elementos e características indicados podem servir como fonte de formação conceitual. Fazendo a justaposição, a autora, finalmente, elabora o seguinte conceito:

Com base no exposto e com vistas a esboçar o sentido, ainda que precariamente, da função social da propriedade urbana, conclui-se que: a função social da propriedade urbana significa e compreende a utilização racional, adequada, econômica e socialmente útil do imóvel, destinando-o a atividades lícitas, ao uso sadio e conveniente ao bem-estar social, resguardados o equilíbrio socioambiental e o patrimônio histórico e artístico, sobrelevado, sempre, o interesse público. (CANUTO, 2010, p. 71)

Para o Brasil, não obstante o esforço teórico para que se alcance o desiderato conceitual, a função social da propriedade imobiliária urbana não deve ser considerada um instituto jurídico, mas uma realidade.

A opção do legislador constitucional (CRFB, artigo 182) e infraconstitucional (Estatuto da Cidade em diversos artigos) em outorgar à legislação local, através do respectivo Plano Diretor com a definição de critérios, limites e exigências urbanísticas, é a que melhor se ajusta à realidade, que se apresenta extremamente diversificada em aspecto geográfico, cultural, social, econômico e político.

A justiça a partir do direito econômico, incidente sobre a dinâmica e exploração dos espaços urbanos, impõe a compatibilização em seu sistema de planejamento de medidas compensatórias com as atividades econômicas que produzem riquezas a partir da utilização dos espaços urbanos, em consonância com sua função social.

3.6 O Plano Diretor nas Cidades Brasileiras

Planejar significa prever a realização de algo dentro de padrões pré-estabelecidos, com o fim de atingir objetivos determinados. Ato contínuo à elaboração de um plano, como condição essencial para se atingir completamente o seu objetivo, deve-se criar meios suficientes a realizar o acompanhamento de sua execução. Ou seja, um plano deve ser devidamente orientado, para que as determinações prévias sejam seguidas, e os eventuais desvios sejam tempestivamente redirecionados.

O ambiente urbano nem sempre pode ser previamente pensado, para em fase posterior ser implementado. Trata-se de um delimitado espaço territorial dentro do qual interesses, desejos, necessidades, projetos individuais e coletivos, se relacionam mutuamente, fazendo com que a harmonização seja um desafio constante.

No Brasil, a partir da vigência do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, passou-se a exigir de alguns Municípios, nos termos do artigo 41, a elaboração de um plano diretor.

A função social da propriedade urbana, tratada no tópico anterior, mesmo diante da ausência de uma definição legal, tem no plano diretor as condições para sua efetivação.

O Estatuto da Cidade condiciona a efetivação da função social à satisfação das exigências fundamentais de ordenação, previstas no próprio plano diretor, e ao atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida e justiça social. Também garante a realização e o desenvolvimento das atividades econômicas necessárias para o seu crescimento (BRASIL, 2016).

O processo de elaboração deste plano deve se efetivar de forma conjunta, agregando conhecimento técnico-teórico a partir da atuação de organismos de planejamento dos Municípios, às experiências relatadas pela comunidade.

Por esta razão, além de essencial para o sucesso da elaboração e execução, a participação efetiva e isenta da comunidade é condição de validade do plano diretor. Com ela, a vocação local, a cultura, as práticas costumeiras e as formas de relacionamento entre as pessoas e espaços são agregadas naquilo que está sendo planejado.

A consecução do plano diretor retrata um verdadeiro pacto social, pelo qual os indivíduos expõem os seus anseios, e aquilo que desejam para o espaço onde vivem, e os institutos de planejamento viabilizam sua execução dentro de um plano técnico organizado.

A utilização dos espaços urbanos pelos indivíduos, de forma a conciliar o interesse privado e aquilo que a comunidade necessita, é exigência constitucional, e prevista no Estatuto da Cidade, mas só pode ser aferido, utilizando-se critérios estabelecidos no plano diretor.

Portanto, não há uma padronização entre as cidades brasileiras quanto à definição, por exemplo, de área útil, área de interesse social, índice mínimo de ocupação, entre outros.

Cabe ao plano diretor trazer expressamente critérios de aferição para que se defina a correta utilização dos espaços urbanos, atendendo, com isso, a função social da propriedade urbana.

Como destaca Lígia Melo (2010):

Sua função é forçar o comportamento ativo do proprietário, compatibilizado com o seu direito de propriedade, inibindo comportamentos que não produzam para a coletividade, antes, desrespeitam-na com posturas especulativas de contenção de áreas, tornando-as cada vez mais inacessíveis a determinada faixa da população e impedindo o desenvolvimento e a expansão urbana de maneira justa (MELO, 2010, p. 34).

A visão coletiva da cidade prepondera, de forma geral, nas legislações urbanísticas, sobretudo no Estatuto da Cidade, refletindo invariavelmente nos respectivos planos diretores. Com isso, observa-se a preocupação perene em compatibilizar o interesse particular com os anseios coletivos. E sob esta perspectiva, a propriedade se apresenta como cenário apto a fomentar conflitos.

Como já mencionado, trata-se de um direito eminentemente privado, mas que tem o seu exercício compatibilizado com o interesse de outras pessoas que também convivem naquele mesmo ambiente urbano. A conduta de um proprietário, positiva ou negativamente, influencia outros interesses privados.

4 AS RELAÇÕES DE VIZINHANÇA E O DIREITO BRASILEIRO

4.1 A Propriedade como Expressão de Poder e Autonomia da Vontade

A autodeterminação de um indivíduo representa a capacidade de guiar-se por iniciativa própria. A vontade representa a força motora que faz concretizar uma ação, podendo nascer de forma livre ou vinculada a um dever-ser. Independentemente da natureza do agir humano, algum efeito a expressão de sua vontade vai trazer, sendo que alguns possuem repercussão no mundo jurídico.

Pode-se dizer que a vontade do agente é uma importante fonte dos direitos subjetivos, a partir da qual determinada ação faz por merecer proteção do sistema jurídico, se enquadrando dentro dos limites pré-estabelecidos.

A manifestação da vontade humana e a sua conversão em ação, produzindo efeito e repercutindo no mundo jurídico, exige o exercício da liberdade.

Segundo Joaquim de Souza Teixeira (1985), a liberdade possui um conceito plurívoco, de extrema complexidade e pode ser apreciada por diversos ângulos, como liberdade natural, social ou política, liberdade pessoal, e, sobretudo, a liberdade jurídica.

No exercício da liberdade jurídica, o ato praticado pelo titular da vontade livre e consciente está apto a criar, modificar ou extinguir direito, pois representará a manifestação do seu querer e a intenção frente a uma séria de possibilidades que determinada situação fática lhe apresenta.

Da mesma forma, a liberdade jurídica pode não só representar a aptidão da vontade humana em exteriorizar sua capacidade de produzir efeito jurídico, mas de criar regras que sejam aptas a regular as relações jurídicas estabelecidas por seus próprios atos.

As regras autoestabelecidas, como fruto da livre expressão da vontade, pautada na liberdade jurídica, se encontram no âmbito do direito privado, e é o que se denomina de autonomia.

Santi Romano (1985, p. 24), assim, estabelece que “autonomia privada é o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico”.

A autonomia da vontade, como característica individual e inerente à estrutura liberal solidificada no século XIX, fundamenta a relação entre os indivíduos, servindo de substrato argumentativo para defesa de seus atos.

O agir por vontade livre e desvinculada representou naquele momento histórico reconhecimento de que se atingira determinado patamar dentro de um processo evolutivo, pelo qual reconhece-se a independência da vontade individual como representação da razão humana autossuficiente.

A propriedade incorpora tal denominação, consolidando a prevalência do interesse privado em desfavor da vontade estatal. Dessa forma, o titular deste direito passa a exercê-lo como lhe convém, podendo, na hipótese de um imóvel, construir no seu interior, destruir aquilo que já se encontra edificado, manter o seu estado original ou relegar à inatividade econômica.

O interesse individual ou coletivo frente à propriedade, bem como a preponderância de um sobre o outro, é diretamente influenciado pelo contexto político e econômico de determinado momento histórico.

Como relatado em tópicos anteriores, analisar o processo evolutivo da propriedade, tendo como campo de estudo o respectivo momento histórico e os limites de seu exercício, leva o intérprete a constatar que o fato de se encontrar próximo à autonomia ou à submissão à vontade coletiva/estatal não lhe oferece certeza quanto à manutenção ou alteração desta predominância em uma realidade futura.

O caminho percorrido pela propriedade durante a pré-história, antiguidade romana, idade média, séculos XVIII e XIX (revolução francesa), século XX (pós-guerra), século XXI, evidenciam claramente esta interferência. Em cada momento histórico há evidência, seja com base nas relações humanas ou diretamente nas respectivas legislações, de que a propriedade, algumas vezes, foi utilizada para atender, precipuamente, o interesse individual do seu titular, e em outras, o da sociedade e, se compatível com esta, também do proprietário.

A relação entre o homem e a propriedade imobiliária apresenta-se como reflexo de um poder moral e jurídico, ou seja, reflete um status perante o particular e a sociedade, bem como uma relação jurídica dotada de estrutura protetiva e geradora de obrigações.

As benesses auferidas a partir da titularidade imobiliária não se limitam às necessidades pessoais e familiares concernentes à moradia, proteção e subsistência, mas pode representar uma expressão de poder com repercussão econômica, social e política.

Como natureza econômica, representa acréscimo patrimonial, sendo assim, garante a possibilidade de sua exploração, pela qual poderá gerar riqueza que seja voltada ao acréscimo do próprio acervo, ao gozo em prol do interesse individual, ou a sua pura manutenção.

Dentro de um ambiente socialmente organizado, os efeitos oriundos da propriedade deixam sua exclusividade, passando a interessar a todos que se encontram em uma situação de influência, direta ou indireta. Sendo assim, observa-se a incidência da relação sociedade-propriedade, subsistindo com a desenvolvida entre o bem e o seu próprio titular.

O poder político sofre influência a partir do exercício da propriedade, realidade observada em todos os períodos históricos, em maior ou menor incidência, a depender dos fatores reais de poder vigentes em determinado contexto.

Independentemente do contexto histórico predominante, a propriedade, segundo Francisco Cardozo de Oliveira (2006), deve ser reconhecida como uma forma de apropriação individual ou coletiva de coisas. Trata-se de conclusão importante, não obstante o grau de simplicidade. Continua o autor, afirmando que a apropriação individual só se justifica em face da existência do outro, ou seja, a propriedade, como instituto, só adquire relevância jurídica se inserida em uma sociedade, ou a partir da existência de relações sociais.

O ambiente urbano, denso e limitado, representa condição social caracterizada pela expressão contínua de poder. Exercer o direito de propriedade neste contexto exige regulação específica e uma finalidade coletiva agregada à vontade do seu titular.

4.2 A Tutela de Interesses Individuais e Coletivos no Ambiente Urbano

Estabelecer critérios que viabilizem a convivência recíproca de pessoas dividindo o mesmo espaço territorial, tendo que conciliar interesses individuais decorrentes do mesmo direito, deve fazer parte das atribuições do poder público através das normas urbanísticas, assim como do próprio direito privado, utilizando-se do regramento previsto para as relações de vizinhança.

Decorre do direito de propriedade a tutela do interesse individual do seu titular. Nele se resguarda a disposição da sua vontade exercida sobre o patrimônio.

Ocorre que, quando se trata de bem imóvel, o seu exercício invariavelmente repercute além dos limites do seu domínio, interferindo em interesses alheios.

A atuação individual de um proprietário frente ao seu imóvel atinge interesses privado e coletivo, o que justifica a regulação por normas de direito público, de natureza urbanística, e de direito privado, dentre elas, regras de vizinhança.

Extrair da utilização do imóvel urbano um mínimo de qualidade de vida para o proprietário e demais conviventes é missão direcionada à legislação urbanística. Ocorre que, diante da complexidade das relações recíprocas vivenciadas em um ambiente complexo e altamente concorrencial, se tornam necessárias as normas de vizinhança, regra de direito privado, para que possam atuar em conjunto, a fim de se alcançar a almejada qualidade de vida.

Luiz Édson Fachin, relata sua impressão acerca da dicotomia público/privado, tendo como parâmetro a regulação aplicável ao direito de vizinhança:

Demais disso, percebendo-se que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre o público e o privado, tal meditação compreende também a concepção das diretrizes sobre vizinhança e proximidade (nas zonas urbanas e áreas rurais) consoante os valores que estão a informar a sociedade brasileira hodierna. Nela, novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos, móvel que sinaliza para a solidariedade social e a coexistencialidade. (FACHIN, 2008, p. 82).

A proteção às relações de vizinhança interessa ao poder público e aos indivíduos particularmente, como atesta a tradicional doutrina de Hely Lopes Meireles:

O direito urbanístico não se confunde com o direito de construir, nem com o direito de vizinhança, embora mantenham íntimas conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrem, sem qualquer colisão, visto que protegem interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes. (MEIRELES, 1981, p. 428)

Os proprietários vizinhos se relacionam constantemente a partir do simples exercício do seu direito. O ordenamento legal, no âmbito do direito privado, regula esta relação, estabelecendo tutela protetiva àquele que se encontra vulnerável a forma de utilização do direito de seu vizinho.

Não se trata de regular e estabelecer como deve ser utilizada a propriedade, de forma a especificar o que o proprietário deverá fazer no âmbito do imóvel, mas o

que ele não poderá fazer, e até onde poderá agir, de forma a preservar o interesse de seu vizinho.

Dentro desta relação, o poder público interfere através das normas edilícias, estabelecendo padrões de construção, espaçamento de obras, zoneamentos, entre outros critérios que são compulsoriamente estabelecidos.

A atuação fiscalizatória faz com que seja condicionada à prévia demonstração de atendimento e às determinações legais urbanísticas, a emissão da respectiva licença para efetivação da inovação que o proprietário pretende implementar no seu imóvel.

Mas os próprios proprietários vizinhos também atuam diretamente, confrontando seus interesses com aqueles expressos na atuação de seu vizinho, se utilizando da medida judicial que se mostrar apropriada para resolução do conflito, pleiteando a cessação imediata da conduta lesiva ou a busca pelo ressarcimento do seu prejuízo.

Portanto, pode-se afirmar que decorre das relações de vizinhança a legislação urbanística que restringe e delimita parâmetros de utilização do imóvel, bem como a atuação privada do proprietário que se sente prejudicado pelo uso nocivo do imóvel por parte do vizinho, e que, por isso, se utiliza de ações judiciais, em nome próprio ou através de entidades legitimadas.

O Estatuto da Cidade – Lei 10.257/01 – estabelece, em seu artigo 2º, as diretrizes gerais de política urbana, pelas quais o Estado assume a incumbência de impedir o uso nocivo da propriedade. Ao assumir e institucionalizar esta forma de atuação, a norma urbanística passa a retratar o conteúdo previsto no Código Civil no tocante às relações de vizinhança.

Ainda referente à legislação urbanística e a relação privatista entre os proprietários vizinhos, destaca-se, mais uma vez, o Estatuto da Cidade, artigo 23, que condiciona a emissão de licença para funcionamento de determinadas atividades a um estudo de impacto de vizinhança:

Art. 23. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obtenção de licença ou autorização de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal. (BRASIL, 2001).

Ao aplicar a legislação urbanística nas relações desenvolvidas entre os proprietários vizinhos, se estabelecem soluções prévias para casos concretos, após análise objetiva de fatos frente à previsão legal.

Ocorre que, nas relações privadas, em face das infinitas possibilidades decorrentes da complexidade subjetiva dos seres humanos, fórmulas e soluções pré-definidas não são suficientes a abarcar todas as possibilidades decorrentes deste conflito.

As normas urbanísticas devem ser aplicadas de forma a não limitar a atuação do proprietário ou possuidor. Sendo assim, quando se sentir, por alguma razão justificada, prejudicado em face de ação ou omissão do seu vizinho, praticada no exercício abusivo do direito de propriedade, deverá ter autonomia para se utilizar dos mecanismos previstos no ordenamento para retomar a situação que se fazia presente antes da concretização do fato.

4.3 As Interações Humanas em um Ambiente Urbano e a Reciprocidade

A convivência humana, independente do espaço territorial, estabelecida de forma harmônica e estabilizada, voltada ao progresso individual e coletivo simultâneos, atendendo, por esta razão, os respectivos interesses, respeitando as limitações e as projeções que um direito impõe sobre o outro, pode-se dizer que seja um dos grandes desafios da humanidade.

As pessoas que optam por permanecerem em um ambiente de interação e proximidade, no caso, a grande maioria da população mundial, assim o fazem em busca de objetivos diversos, dentre eles a obtenção de moradia, trabalho, educação, segurança, saúde e outras benesses sociais.

Dessa forma, mesmo se tratando de interesses comuns, a busca pelo desiderato é efetivada individualmente, cada um por si. Por esta razão, em um ambiente urbanizado, conflitos se estabelecem e outros ainda se efetivarão, desejando a consolidação de um progresso individual, em consonância com o desenvolvimento coletivo.

Neste cenário, no exercício do direito de propriedade, a ação individual ou coletiva repercute no direito alheio, influência que poderá ser tolerada ou não, em nome do interesse próprio ou da coletividade.

A formação moral de cada indivíduo recebe contribuição externa, reproduzindo os valores mantidos em determinado ambiente social, que não exclui aqueles agregados a partir da família. São estes valores que influenciarão na convivência urbana, fazendo surgir determinadas ações e reações proporcionais aos conceitos e limites agregados em sua consciência.

Por outro lado, o Estado atua diretamente para viabilização da convivência social, aliás, esta é a razão de existência da estrutura legislativa de um país. E neste aspecto, a lei se torna o suporte jurídico para a efetivação de uma ação ou reação consciente de um indivíduo, ou para limitar a efetivação desta mesma atitude, independente da sua valoração interna.

Na relação indivíduo e sociedade, diversas teorias são elaboradas a partir do pressuposto de que um interesse se sobressaia sobre o outro, e por esta razão, a estrutura estatal, utilizando-se da ordem legal em vigência, coercitivamente, acaba por fazer prevalecer o que se encontra no direito posto.

Não tem como negar que todo indivíduo nasce onde pré-existe um fato social, surgindo a necessidade premente de se adaptar a esta estrutura que lhe é imposta. Por esta razão, poder-se-ia entender que, necessariamente, haverá a prevalência da coletividade sobre o indivíduo.

Sebastião Vila Nova entende que não há necessariamente esta subsunção, mesmo reconhecendo a pré-existência de fatos sociais já estabelecidos e de caráter cogentes.

Podemos afirmar que se toda norma partilhada intersubjetivamente é fato social, nem todo fato social é norma. Isto se dá porque nem todas as pressões externas ou coerções que atuam sobre os indivíduos no sentido de levá-los a agirem de determinada maneira em uma sociedade derivam das normas. Muitas dessas coerções derivam, em certas circunstâncias, de condições sociais que levam os indivíduos a agirem de modo até mesmo contrário às normas de sua sociedade. (VILA NOVA, 2006, p. 80).

Mesmo não sendo o direito único responsável pelo equilíbrio social, pode-se dizer que o mesmo se encontra inserido no conceito de fato social, assim como os costumes, a cultura, os dogmas religiosos, entre outros. Todos os fatos sociais são caracterizados como regras pré-estabelecidas, variando apenas o seu caráter cogente.

Acerca do caráter abrangente de fato social, têm-se estabelecidos os limites de atuação e reação daqueles que convivem em um ambiente urbano diante das interferências patrimoniais.

Diante do grande potencial de interferências em direitos alheios dentro de um ambiente urbano, além dos fatos sociais já destacados, a reciprocidade é utilizada como parâmetro para se aferir a dimensão do nível de tolerância diante da atuação de um convivente, como critério para limitação e punição àquele que infringe o direito de outrem. Sendo assim, as estruturas sociais se organizam em um sistema de direitos e deveres recíprocos, que servem para criar um padrão determinado.

Sebastião Vila Nova, desta vez discorrendo acerca do controle social, condiciona sua eficácia à aceitação a partir de um juízo subjetivo:

O controle social é, portanto, eficiente na medida em que os indivíduos não apenas baseiam suas ações no cálculo das recompensas e punições socialmente previstas respectivamente para o cumprimento e a infração das normas sociais, mas também acreditam na legitimidade das regras socialmente impostas. E isto só é possível com a interiorização dos valores e das crenças que fundamentam as normas. (VILA NOVA, 2006, p. 113)

Tomando a posse e a propriedade como expressões do interesse individual, não há dúvida de que a efetivação de cada uma dependerá da elaboração de tutelas aptas a assegurar a efetividade material. Ocorre que se trata de direitos inerentes a cada indivíduo, e o seu exercício se efetiva de forma recíproca, o que impõe interferências nem sempre toleradas.

O direito, expresso pelo conjunto normativo de um país, abstrato e universal, é um mecanismo indispensável de garantia e amparo das tutelas que ele mesmo protege. Porém, os objetivos elencados no início deste tópico, não podem ser alcançados de forma equilibrada e harmônica a partir da incidência cogente de regras de controle.

A internalização de valores e objetivos coletivos é imprescindível para que a reciprocidade seja a motivação para as condutas que venham a se efetivar em um ambiente urbano, sobretudo quando direcionadas a aspirações individuais.

4.4 A Cláusula Geral para o Direito de Vizinhança e as Principais Teorias

Algumas normas são criadas para regulamentar determinadas ações ou ocorrências especificamente. Analisando o texto normativo, observa-se na sua formulação detalhes e especificidades que restringem o intérprete no momento de se realizar a aplicação diante de um caso concreto.

Nestes casos, não há mecanismos avaliativos ou espaço interpretativo para ampliar sua esfera de aplicação, mas simplesmente restringe-se a observância da subsunção da lei ao caso concreto que se apresenta. Pode-se atribuir a este tipo normativo como sendo objeto de técnica casuística.

Por outro lado, também como parte da técnica legislativa, algumas normas são elaboradas buscando ampliar as possibilidades interpretativas e, com isso, viabilizar o maior alcance de casos concretos postos em análise. Nesta modalidade normativa, permite-se maior durabilidade da lei, além de aumentar as possibilidades de se alcançar justiça diante da situação fática posta em análise.

Pode-se extrair tal conclusão a partir do momento que se admite a interferência do aplicador da norma na solução do litígio, não só efetivando a subsunção legal, mas analisando o caso concreto. Todas as especificidades serão apresentadas, sendo relacionadas aos sujeitos, ao tempo, a cultura, ao local, enfim, a todas as circunstâncias que ensejaram a ocorrência do fato.

Especificamente quanto ao Código Civil brasileiro, observa-se a utilização da técnica legislativa mista, com dispositivos elaborados visualizando o alcance de situações específicas, e outros, caracterizados como normas abertas, com alcance indeterminado.

Três princípios são utilizados como fundamento norteador do Código Civil brasileiro, e que podem ser extraídos de determinados dispositivos, considerados normas abertas ou cláusulas gerais: socialidade, eticidade e operabilidade.

Tal previsão confere à norma possibilidade de manter-se vigente e aplicável sem necessidade de sofrer alteração em seu texto, por acompanhar a evolução do pensamento e do comportamento social, sem ofender a segurança jurídica. (REALE, 2001).

Como decorrência desta técnica, transfere ao aplicador da norma a função política de operar o direito e, de fato, fazer com que o dispositivo legal sirva de fundamento para a resolução do conflito, mesmo que para tal seja necessária a utilização de outras fontes normativas e até valores subjetivos.

Pode-se dizer que para o direito de vizinhança, inserido no Código Civil brasileiro, depreende-se como conteúdo de cláusula geral os artigos 1.277, 1.278 e 1.279, pelos quais se torna possível distinguir as interferências que devam ser coibidas daquelas que devem ser permitidas e toleradas.

Chega-se a esta constatação, quando se observa que os dispositivos expressam conteúdo que os permite amoldar-se e, com isso, viabilizar a evolução do direito, bem como a construção de critérios seguros em cada etapa da evolução socioeconômica que se apresenta em nosso país.

Para melhor visualizar e diferenciar as interferências causadas aos imóveis vizinhos quanto à sua tolerância, é necessária uma abordagem acerca das principais teorias construídas no direito de vizinhança.

A primeira teoria responsável por retratar o direito de vizinhança considerando o aspecto das interferências geradas pela utilização do imóvel alheio foi desenvolvida por Spangerbeg. Segundo o autor, permitia-se ao vizinho a realização de qualquer atividade, desde que não gerasse algum incômodo de natureza material, palpável (SPANGENBERG, 1826).

Dessa forma, para que fosse passível de reprimenda, a conduta do vizinho e o respectivo resultado teriam que ser corpóreos. Caso contrário, não mereceria qualquer tipo de punição, e deveria ser tolerada. Neste contexto, a título de exemplo, água e fumaça eram consideradas corpóreas, e por esta razão, poderiam ser tidos como objetos causadores de interferências não toleráveis, enquanto que barulho e odor, por serem não corpóreos, apesar de interferências, estariam mantidos dentro da esfera de tolerância.

Esta teoria é de difícil aplicação, por dois motivos: primeiro, porque não se questionou o grau de tolerância da conduta por parte do vizinho que suporta a interferência; segundo, porque não há como desconsiderar os efeitos danosos gerados por ações consideradas incorpóreas, principalmente diante da infinita possibilidade de efeitos que possam ser produzidos a partir de condutas que integram o cotidiano de um ambiente urbano.

Por esta razão, para melhor adaptar à realidade já vivenciada na segunda metade do século XVIII e no século XIX, Ihering, em 1862, passa a abordar o uso normal do imóvel como critério diferenciador para os casos de interferências que sejam consideradas suportáveis ou não.

Para sua construção, o teórico teve que estabelecer um conceito de comportamento, pelo qual o indivíduo teria que se enquadrar em um padrão de normalidade. A partir do parâmetro previamente estabelecido, seriam definidas as condutas que pudessem ser consideradas normais e anormais. (IHERING, 1863).

Dessa forma, para que haja algum tipo de reprimenda, a interferência causadora do transtorno ao vizinho teria que partir do uso anormal da propriedade.

A conduta do autor deve ser analisada dentro dos critérios já estabelecidos, considerando as condições e circunstâncias que se apresentavam no momento da sua efetivação, sendo que o padrão de comportamento que será levado em consideração corresponderá ao de um homem médio.

A análise realizada sobre o polo passivo e ativo da relação de vizinhança torna-se medida imprescindível, já que diversos fatores podem influenciar a realização do enquadramento da conduta como sendo normal ou anormal. Aspectos culturais, regionais e até mesmo históricos devem ser levados em consideração no momento de atribuir normalidade ou anormalidade para determinada conduta, considerando tanto o comportamento de quem pratica a ação, quanto daquele que suporta a interferência.

Trata-se de teoria consolidada no Código Civil alemão (BGB), e representada no Código Civil brasileiro de 1916.

Arnold Wald destaca que mesmo as interferências causadas pelo uso normal e anormal do imóvel urbano, e que geram transtornos ao vizinho, podem não merecer qualquer tipo de reprimenda, pois poderão ser socialmente necessárias (2002).

A terceira teoria tem como parâmetro a necessidade social da conduta, e não o critério de normalidade. Antes de se perquirir acerca das interferências que aquela atitude está causando ao imóvel vizinho, teria que ser indagado acerca das benesses sociais que aquela mesma atividade está gerando para a sociedade.

Dessa forma, aplicando as teorias relacionadas ao direito de vizinhança, têm-se consolidadas três consequências possíveis a partir da prática de uma conduta pelo vizinho, e que gere interferências ao imóvel alheio.

A primeira seria o uso normal do imóvel urbano, causando interferências anormais na propriedade vizinha. Neste caso, não há que se falar em qualquer impedimento ou punição.

A outra consequência seria o uso anormal do imóvel urbano, causando interferências anormais na propriedade vizinha, porém, de forma necessária, já que sua efetivação se deu para atender o interesse da coletividade. Neste caso, não haverá qualquer reprimenda, mas a obrigação de suportar a interferência ocasionada, e o direito do prejudicado de exigir indenização proporcional ao transtorno.

No tocante a esta situação, o Código Civil brasileiro em vigência, mesmo admitindo a obrigação de suportar as interferências causadas pelo uso anormal da propriedade vizinha, não impede o prejudicado de requerer a diminuição daquele efeito, quando tal possibilidade se apresentar possível.

E por último, quando o uso anormal da propriedade causar interferência prejudicial ao vizinho, não havendo qualquer justificativa ou ganho social com a sua realização. Neste caso, além de autorizar o prejudicado a requerer a interrupção imediata da interferência, dará ensejo à possibilidade de pleitear a reparação pelos danos causados.

Portanto, como cláusula geral do direito de vizinhança, e responsável por consolidar a teoria do uso normal da propriedade (2ª teoria), e da preponderância do interesse social (3ª teoria), têm-se os artigos 1.277 e seu parágrafo único, 1.278 e 1.279 do Código Civil brasileiro.

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Art. 1.279. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis. (BRASIL, 2002).

As interferências decorrentes do uso anormal do imóvel urbano não representam, necessariamente, atos que contrariam a legislação, podendo ser considerados atos lícitos. Dessa forma, admite-se a possibilidade de se imporem restrições, sanções e até mesmo dever de reparar prejuízo sem que o autor do ato tenha praticado conduta ilícita. Trata-se de verdadeira hipótese de responsabilidade sem ilicitude.

Da mesma forma, não há que se falar em culpa ou dolo na ação que levou à interferência no imóvel vizinho para que seja passível de restrição. Inexiste a obrigatoriedade de se demonstrar que o autor da conduta agiu com vontade livre e consciente de atingir a segurança, sossego ou a saúde do vizinho, assim como não há necessidade de demonstrar ausência de zelo ou cuidado com o interesse alheio (FACHIN, 2008).

Como ensina Alvin Lima, no que diz respeito à teoria da *imissio*:

A teoria da *imissio* sob o critério da anomalia, ou intolerância, em virtude do dano excessivo sofrido pelo proprietário vizinho é a consagração da responsabilidade sem culpa, não se indagando nem se admitindo a escusa da responsabilidade sob o fundamento de que todas as precauções foram tomadas para evitar qualquer lesão ao direito alheio, finalizando que o critério da anormalidade é objetivo, atendendo ao local, natureza e situação do imóvel. (2004, p. 167).

Dessa constatação, pode-se concluir que para demonstrar a existência de descumprimento do dever de vizinhança, resultando em algumas das consequências previstas nos artigos 1.277 e seguintes do Código Civil, independe a análise, mesmo que perfunctória, de outros elementos que não sejam a conduta praticada sobre o imóvel, o efeito produzido, e o seu alcance.

Porém, é plenamente possível que deste mesmo ato resulte o dever de indenizar o vizinho prejudicado, por dano material, moral, efetivo ou eminente. Significa que os atos decorrentes da relação conflituosa entre vizinhos pode ser objeto de responsabilidade civil. Mas, neste caso, não poderá o prejudicado se escusar do dever de comprovar a efetivação da ilicitude do ato (que poderá se dá por abuso de poder), do dano, do nexo de causalidade e da culpa ou dolo.

4.5 Os Conflitos de Vizinhança

As relações de vizinhança advêm do convívio social entre as pessoas em um ambiente territorialmente restrito, que exigem daqueles que nele habitam o respeito às normas sociais, tendo a reciprocidade como padrão aferidor dos limites entre os direitos de cada um.

Para que sejam tratados os conflitos decorrentes das relações entre conviventes de um delimitado espaço territorial localizado em uma cidade,

necessário que sejam especificados os direitos advindos desta condição, previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, destacam-se como características que advêm destes direitos as restrições ao uso do imóvel urbano, direcionadas ao proprietário e ao possuidor, impostos pela legislação. (FACHIN, 2008).

Integra também como característica desta espécie de direito, o fato de que não se trata de esforço normativo tendente a criar vantagem para qualquer dos vizinhos, mas buscar estabelecer uma rede urbana de proteção, com o único intuito de evitar a infringência do direito alheio, e com isso, impedir que qualquer das partes envolvidas sofra algum tipo de prejuízo.

O direito de vizinhança se encarrega de garantir a permanência de um ambiente equilibrado, onde as pessoas possam viver de forma sadia e com segurança, prevendo regras obrigatórias e eventuais conflitos. (FESSEL, 2010).

As normas sociais, sobretudo as regras urbanísticas, procuram também evitar que um vizinho, proprietário ou possuidor, interfira no imóvel alheio. Trata-se de ação não dirigida diretamente ao imóvel de terceiro, mas que seja apta a gerar transtornos ou incômodos, caracterizando intromissão não necessariamente de caráter material.

Ao utilizar-se do imóvel para atingir objetivos específicos voltados ao interesse individual, sem qualquer relação com aqueles localizados ao seu redor, mesmo assim, o proprietário ou possuidor poderá atingir os interesses alheios, justamente dos ocupantes dos imóveis vizinhos.

O barulho causado pelo uso de determinado equipamento doméstico, ou até mesmo em decorrência da utilização comercial do prédio, ou o odor exalado a partir da produção de determinado produto em razão da exploração industrial do imóvel, não obstante se tratar de resultados oriundos da utilização do próprio bem, estariam aptos a causarem interferências nos imóveis vizinhos, gerando transtornos, incômodos ou até mesmo impedindo a permanência e o uso do próprio bem.

Nestes casos, para que se delibere acerca da possibilidade de reprimenda, o uso do imóvel deverá ser classificado entre normal e anormal, levando-se em consideração um padrão médio de normalidade, como já especificado.

Por exemplo, se o barulho emitido a partir de determinada utilização se encontra dentro de um padrão de normalidade, ou se o odor exalado também se insere neste mesmo padrão, não há que se falar em uso anormal da propriedade, o

que impede a aplicação de qualquer reprimenda, seja por parte das normas urbanísticas ou pelo próprio direito de vizinhança.

O mesmo não se pode dizer quando a respectiva utilização ultrapassa o que se estipulou como padrão de normalidade. Seria, por exemplo, o barulho ou o odor extraído de determinada utilização do imóvel, que tenha extrapolado o que um homem médio poderia tolerar. Neste caso, estar-se-ia diante de um uso anormal da propriedade, autorizando a aplicação das normas urbanísticas e de vizinhança para a proporcional reprimenda.

Fica evidente que, em todos os casos, a ação causadora do transtorno não foi praticada em direção ao imóvel vizinho, mas decorreu da utilização do próprio bem. Mesmo assim, dependendo da classificação desta utilização, as leis urbanísticas e aquelas que regulam a convivência junto à vizinhança, estarão aptas a regulamentar este tipo de relação.

Caso se constate que o possuidor ou proprietário do imóvel utiliza-se do bem com a intenção específica de causar prejuízo a outrem, seja por ação direta ou por omissão, não há que se falar exclusivamente em interrupção da atividade, mas em imputação do dever de indenizar, através da apuração da respectiva responsabilidade civil. (FACHIN, 2008).

As restrições ao uso do imóvel urbano decorrem da necessária convivência entre a vontade individual dos proprietários e possuidores, e o interesse da coletividade urbana.

Deve ser destacado que não só o vizinho imediato está apto a sofrer interferência, ou até mesmo suportar dano em decorrência de ato praticado pelo proprietário ou possuidor de um imóvel, mas todos que vivem em determinada cidade, ou até mesmo regiões, de diversas formas sofrem coletivamente com o abuso do direito de uso do imóvel urbano.

A incidência de confrontos entre vizinhos, seja em decorrência do uso normal ou anormal do imóvel, em conformidade com sua destinação, ou em razão de ato ilícito, faz parte do cotidiano da convivência urbana. Tal fato se evidencia, porque busca-se a prevalência de um interesse sobre o outro, e o próprio conjunto normativo encontra-se estruturado justamente para a resolução de conflito, e não para práticas preventivas.

Pois bem, uma vez consolidada a relação muito mais conflituosa do que cooperativista, resta analisar a natureza dos atos praticados pelos vizinhos. Alguns

são revestidos de licitude, decorrentes do uso normal e anormal da propriedade, outros de ilicitude, mesmo que em ambos se constatem a busca por um interesse individual.

Tal distinção se faz necessária para identificar as consequências de cada modalidade de conduta. Nota-se que ambas causam para o vizinho o mesmo efeito: interferências. O que as diferem é a licitude.

Para as interferências praticadas através de atos lícitos, a incidência de reprimenda por parte das normas urbanísticas ou de vizinhança dependerá da sua classificação dentro do critério de normalidade. Sendo elas decorrentes do uso normal da propriedade, não há que se falar em reprimenda, simplesmente o ocupante do imóvel vizinho deverá tolerá-las. Mas, tratando-se de interferências decorrentes do uso anormal da propriedade, sejam os órgãos fiscalizadores ou os vizinhos impactados poderão pleitear a interrupção imediata da conduta.

Para as interferências praticadas através de atos ilícitos, não há que se falar em classificação do uso da propriedade em normal ou anormal. Neste caso, a conduta já será considerada contrária ao ordenamento jurídico, e na hipótese de dano causado ao vizinho, deverá ser imputado ao seu causador o dever de indenizar.

Por esta razão, evidencia-se que a existência da interferência não representa necessariamente o motivo para a aplicação da sanção em desfavor do vizinho, e sim, a natureza da sua conduta.

Orlando Gomes (2002) elucida que o uso nocivo da propriedade não se condiciona à intenção do ato praticado. O propósito de prejudicar, ou incomodar, pode não se fazer presente e, mesmo assim, a utilização do bem causar algum prejuízo alheio.

De fato, a ilicitude da conduta do proprietário ou possuidor não se relaciona necessariamente à intenção de praticar interferência danosa ao ocupante do imóvel vizinho, mas à sua própria natureza.

4.6 A Judicialização dos Conflitos de Vizinhança

Nas relações de vizinhança, como evidenciado, predomina o caráter conflituoso, já que na utilização do imóvel urbano busca-se estabelecer o predomínio de uma vontade individual em detrimento do interesse alheio.

Há uma grande dificuldade prática de se motivar a efetivação de soluções voltadas ao cooperativismo entre os vizinhos, não só pela tendência litigiosa, mas quando se percebe que a própria legislação se resume a regular as relações de vizinhança sempre tendo como pressuposto o seu caráter conflituoso.

Mesmo assim, quando se observam iniciativas voltadas à prevenção ou solução amigável de conflitos entre vizinhos, percebe-se que só se tornaram possíveis graças ao exercício da autonomia privada, pela qual os próprios particulares envolvidos na relação estipularam regras próprias de convivência, por meio dos regulamentos ou convenções internas.

Refletindo esta predominância, somada à tendência de litigiosidade, o ordenamento jurídico brasileiro oferece àquele que se sinta prejudicado em face de uma ação ou omissão praticada pelo proprietário ou possuidor de imóvel vizinho, um conjunto de medidas típicas, além do procedimento comum, para viabilizar o encaminhamento ao Poder judiciário das pretensões surgidas a partir de determinado caso concreto.

Tomando como base a cláusula geral do direito de vizinhança, bem como as situações específicas igualmente tipificadas, algumas demandas podem ser manejadas a fim de tutelar determinado direito, buscando proteger um interesse que esteja comprovadamente ameaçado, a interrupção ou desfazimento de uma interferência que se encontra em andamento, e até mesmo, a reparação dos danos suportados em face de conduta já efetivada.

Quanto à titularidade, há que se ressaltar que não só o proprietário está apto a praticar interferência no imóvel alheio, ao fazer uso do seu imóvel urbano; e da mesma forma, não é o único que pode sofrer com estas consequências na condição de titular do imóvel vizinho. O possuidor também pode ingressar no polo passivo ou ativo desta relação obrigacional.

Para levar as pretensões surgidas a partir das interferências causadas pelo vizinho, encontra-se legítimo ativamente todos os aparentes proprietários, nos dizeres de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012), abrangendo os titulares de direitos reais (vb., usufrutuário, superficiário) e obrigacionais (vg., locatário, comodatário), que exercem ingerência socioeconômica sobre o bem imóvel na qualidade de possuidores, sem qualquer relação com o proprietário.

Como já especificado, a interferência no imóvel vizinho para que seja passível de algum tipo de limitação ou sanção, deve-se encontrar fora de um parâmetro de

normalidade, considerando as exigências de um homem médio. Em consonância com a teoria da normalidade, o Código Civil brasileiro delimita quais seriam tais interferências no artigo 1.277.

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. (BRASIL, 2002).

As hipóteses estabelecidas no dispositivo – interferências prejudiciais à segurança, sossego e saúde – fazem com que os conflitos por elas gerados sejam objeto de demandas que repercutam perante o direito de vizinhança, e por esta razão, aplicam-se os dispositivos previstos especificamente para este tipo de relação.

Interpretar restritivamente o artigo 1.277 do Código Civil brasileiro não impede que outras modalidades de interferências decorrentes do uso anormal do imóvel sejam passíveis de reprimenda, mesmo tendo fundamento normativo diverso.

Trata-se de previsões específicas de situações concretas que, uma vez efetivadas, autorizaria o vizinho prejudicado a se utilizar determinado procedimento para buscar a tutela do Poder judiciário, deduzindo sua respectiva pretensão.

Dessa forma, passa-se a destacar alguns caminhos que levam o proprietário ou possuidor prejudicado ao Poder judiciário, em busca de resposta à sua pretensão.

A ação indenizatória pelo exercício do direito de construir, com fundamento no artigo 1.299 do Código Civil brasileiro, poderá ser manejada pelo proprietário ou possuidor que sofra dano em razão de construção levantada por seu vizinho. Trata-se de demanda genérica, de rito comum, que autoriza o prejudicado a reivindicar ressarcimento pelos prejuízos causados.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, tinha-se a possibilidade do proprietário ou possuidor prejudicado se utilizar da Ação de Nunciação de Obra Nova, quando se deparava com algum tipo de construção no imóvel vizinho que estivesse em desacordo com as normas edilícias do Município (art. 934).

Com esta medida, o autor poderia requerer a suspensão imediata da obra, condicionando a continuação à adequação frente ao regulamento antes

desrespeitado. Com a revogação deste dispositivo, situações concretas como estas podem ser objeto de Ação indenizatória com supedâneo no já mencionado artigo 1.299 do Código Civil brasileiro.

Outras medidas antes previstas no Código de Processo Civil já revogado, manejáveis diante de conflitos oriundos da relação de vizinhança, são a ação demolitória e o pedido de Caução Eminente. Enquanto aquela se referia à medida judicial específica, com rito especial, este se encontrava no rol das ações cautelares nominadas, integralmente revogado, cujas medidas foram remetidas ao procedimento previsto para tutelas provisórias na nova regulamentação processual.

A judicialização dos conflitos oriundos das relações de vizinhança não se restringe às hipóteses de uso anormal do imóvel urbano. Diante da inafastabilidade da jurisdição, em que toda lesão ou ameaça de lesão a um direito estão aptas à apreciação do Poder judiciário, qualquer atitude que possa causar a lesão a um direito do possuidor ou proprietário de um imóvel, praticado pelo respectivo vizinho, pode ser objeto de ação judicial.

A violação de um dever legalmente previsto, ou o exercício de um direito de forma abusiva, pode caracterizar ato ilícito e, por esta razão, originar dano efetivo ou iminente. Procede desta forma, o possuidor ou proprietário que, praticando ato ilícito, prejudica o seu vizinho.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald aplicam o conceito de ato ilegal às relações de vizinhança:

O mau uso da propriedade dá-se pela prática de atos ilegais, abusivos ou excessivos.

Os atos ilegais consistem na conduta voluntária lesiva aos interesses de vizinhos. O proprietário viola um dever legal de cuidado, intencionalmente ou por inobservância da cautela devida. São atos ilícitos subjetivos, tutelados genericamente pelo art. 186 do Código Civil. A título ilustrativo, e a conduta do morador que joga o seu lixo no prédio vizinho. A sanção ao causador do dano já encontra suporte nas normas ordinárias de responsabilidade civil, não havendo necessidade de se socorrer de regras especiais de direito de vizinhança. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 642).

Vale ainda a lição de Luiz Edson Fachin, quanto às possibilidades de tutela dos direitos decorrentes das relações de vizinhança, chamando a atenção para uma nova forma de proteção dos direitos decorrentes desta relação, a partir da não utilização do imóvel urbano:

Não se trata tão-só, por exclusão, de apreender no uso anormal as possibilidades do abuso de direito que, com efeito, aí se insere, mas não esgota a realidade a ele subjacente. Para além da superlativação do uso, anormal pode também ser o não uso, esfera que abre novos horizontes de diálogo entre restrições (de Direito Privado) e limitações (de Direito Público). (FACHIN, 2004, p. 58).

A relação jurídica estabelecida entre conviventes de um espaço territorial urbano, cada qual exercendo direitos e se submetendo a obrigações, exercem sobre tais locais os seus interesses, tornando-se invariável a existência de conflitos, com consequências danosas, seja na esfera individual ou coletiva.

5 O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A UTILIZAÇÃO DO IMÓVEL URBANO

5.1 A Função Social como Elemento Estruturante da Posse e Propriedade

A propriedade concebida a partir da sua função social expressa o poder-dever ou o dever-poder do seu titular, consistente em exercer o direito incidente sobre o conjunto de bens que compreendem o seu patrimônio atendendo, inicialmente, o fim ou interesse coletivo.

Considerada princípio de caráter normativo, a função social influencia o mecanismo de atribuição e o exercício do direito de propriedade e faz com que este não se efetue incondicionalmente, mas vinculado à orientação social que dele passa a fazer parte.

A função social é a manifestação direta do princípio da solidariedade, que serve de inspiração para as relações desenvolvidas entre o indivíduo e a sociedade. No ordenamento jurídico brasileiro, possui função normativa, já que o texto constitucional atribui ao legislador a obrigação de inseri-la em todos os contextos que a propriedade se encontra inserida.

A função social para o direito de propriedade representa elemento estruturante do seu conceito jurídico, e não critério limitador ou condição de validade.

Segundo lição de Loureiro:

A função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. São, em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação. Como resume Pietro Perlingieri, `a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas à própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito. (LOUREIRO, 2003, p. 94).

Continua o mesmo autor:

Há sério desvio de perspectiva daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitações ou restrições. Basta lembrar que a mesma figura da função social serve para proteger com incentivos a pequena e média empresa. Serve para subsidiar a instalação de indústrias em determinadas regiões do país. Serve para isentar do pagamento de tributos propriedades de valor histórico, preservadas ou tombadas. Serve

para a concessão de crédito em condições privilegiadas para a aquisição da casa própria ou para a instalação de indústrias geradoras de empregos. Serve para impedir a penhora sobre imóveis residenciais e suas pertenças. Em suma, fácil perceber que a função social pode servir de incremento e de incentivo a diversas formas proprietárias, ou de estímulo a determinadas condutas socialmente relevantes. (LOUREIRO, 2003, p. 97).

Deve-se compreender a Função Social como agente diretivo da propriedade, fator que produz reflexos que vão além dos marcos limitadores.

Ter o direito como instrumento para o alcance da justiça e do bem-estar social não representa qualquer inovação, considerando o atual sistema jurídico brasileiro. Com isso, pode-se questionar a relevância da função social e sua inserção junto ao instituto da propriedade. Mesmo assim, não há como descartar a sua importância frente às modalidades de expressão da vontade humana e compreender a razão de sua inclusão como condição de validade.

Ocorre que o sentido de direito subjetivo foi maculado nos últimos séculos, sobretudo em face do individualismo incidente em todas as manifestações de vontade, como expressão de independência do dirigismo até então vigente. (COSTA, 2013).

Sendo assim, tem-se o parágrafo 1º, do artigo 1.228, do Código Civil, que prevê como condições ao exercício do direito de propriedade o atendimento à finalidade econômica e social, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar poluição do ar e das águas (BRASIL, 2002).

Quanto à função social da posse, especificamente tratada em trabalho já publicado, não se apresenta como um instrumento recente, haja vista a utilização pelos romanos das *arges publicus*, em que já demonstravam a busca pelo atendimento a um interesse não individual, seja por parte do proprietário, o estado romano, seja dos possuidores, na maioria colonos ou arrendantes. (CHAVES, 2014).

A propriedade tem a função social como seu elemento estruturante, como já mencionado. Porém, em razão da dinamicidade do seu exercício, a expressão funcional fica prejudicada quando apartada da posse. Por outro lado, quando se exerce eminentemente a posse, o cumprimento ou não da função social é de fácil constatação, pois sua aferição encontra-se diretamente relacionada à destinação conferida pelo possuidor.

Sobre o tema, importantes são as observações de Albuquerque:

Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. (ALBUQUERQUE, 2002).

Independentemente da forma de se expressar a funcionalidade do direito, a posse e a propriedade têm a função social como elemento estruturante, e não como mecanismo de limitação ao seu exercício.

Segundo o Prof. Eros Grau (1983), a função social acresce ao interesse individual do titular da propriedade a finalidade social, de forma conciliativa e positiva. Contraria, dessa forma, a concepção limitadora, que representaria a imposição de obrigações de não fazer ao proprietário.

A função social expressa no Código Civil brasileiro, nos termos do artigo 1.228, representa cláusula geral, inserida em um sistema codificado, porém aberto à contextualização.

Atento a esta característica, Francisco Cardozo Oliveira, citando Clóvis do Couto e Silva (2006) afirma se tratar de legislação mais ampla do que outros códigos tradicionais. Por meio de cláusulas gerais que nele se fazem presentes, são oferecidas oportunidades para que se realize uma atividade judicial mais criadora.

Inserida neste contexto se encontra a propriedade exercida sobre o imóvel urbano, com todas as características que este ambiente oferece à sua forma de exteriorização. Parte delas, são extraídas das relações de vizinhança, marcadas pela constante interação e sua tendência conflituosa.

No texto constitucional, à função social atribui-se a força de princípio informativo, função que deverá estar inserida em todas as formas de expressão da propriedade; no Código Civil brasileiro, como cláusula geral, possibilita que o domínio incidente no conjunto de bens, quando exercidos em prol de um interesse individual, deverá anteriormente atender a função social.

5.2 O Conflito entre os Interesses Individual e Coletivo

A humanidade optou por viver em sociedade, como forma de alcance de estabilidade, mesmo diante dos desafios e os conflitos. Neste contexto, dividir

espaços e, em alguns casos, compartilhá-los, exige ordem. Desta forma, surgiram os primeiros mecanismos de controle: a moral e a religião coletiva.

Com o desenvolvimento das primeiras comunidades, estes mesmos mecanismos foram se tornando insuficientes para se atingir o controle social. Neste cenário, surge a figura do Estado. Cesare Beccaria explica:

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja certeza de conservá-la tornava-a inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania da nação (BECCARIA, 2007, p. 89).

Entre os diversos conflitos advindos do convívio em sociedade, destacam-se aqueles relacionados à ocupação dos espaços. As disputas fazem parte do ambiente urbano, diante da limitação do território das cidades, e da crescente e permanente expansão de sua população.

No critério utilitarista, a ação é dirigida à obtenção de proveito próprio e ele é empregado quando se está diante de disputas pelo espaço urbano. Tal fato se evidencia, quando a importância da propriedade imobiliária ultrapassa o interesse meramente residencial, passando a atingir meio para obtenção de vantagens econômicas, além de ser considerado importante fator de colocação social do seu titular.

Como alternativa à ética naturalista, na segunda metade do século XVIII, no campo da filosofia moral, surge o utilitarismo clássico na Inglaterra, sendo aplicada nas áreas de conhecimento, inclusive no direito.

O utilitarismo concentra no homem a incumbência de definir os critérios para decisões, representando o único responsável pela concepção do seu destino. Como teórico deste pensamento, Benjamim Bentham faz a sua divulgação em plena predominância do pensamento racionalista, pelo qual o homem conscientiza-se que suas decisões irão influenciar o seu futuro.

Se a justiça é, falando em sentido estritamente jurídico, o comportamento não arbitrário imposto mediante o sistema legal positivo, e então a justiça se funda na utilidade, posto que não há nada mais útil para a conservação da coesão social e para o desenvolvimento da vida coletiva que a conduta não arbitrária (no fundo, a teoria de Hobbes e Hume). (BACQUE, 1976, p. 123).

A decisão de fazer ou não algo, prevendo que a respectiva consequência possa trazer proveito próprio, além de felicidade e prazer, é exclusivamente do homem.

Caenegem afirma que:

O ponto de partida para a crítica de Bentham ao sistema inglês (que, em sua época, era substancialmente medieval) não foi o direito natural continental, mas sim uma idéia inteiramente original: o princípio da utilidade. Bentham não formulou axiomas e deduziu normas do direito a partir deles; em vez disso, questionou a utilidade de cada conceito e norma jurídica, e o objetivo prático destes para o homem e a sociedade de sua época. (CAENEGEM, 1995, p. 140).

O que legitima um ato, pela ótica utilitarista, é o resultado útil em proveito do seu autor. Não há qualquer relação com o interesse coletivo, ou seja, se os atos são praticados para atingir a vontade pessoal do agente, trazendo-lhe felicidade e prazer, sem infringir regra pré-estabelecida, pode ser considerado justo. Lembrando que esta mesma regra deve ser interpretada levando-se em consideração os efeitos reais produzidos pelo ato.

O utilitarismo sustenta a posição segundo a qual o fim é o maior bem geral - que um ato ou regra de ação é correto se, e somente se, conduz ou provavelmente conduzirá a conseguir-se, no universo como um todo, maior quantidade de bem relativamente ao mal do que qualquer outra alternativa; é errado a regra de ação quando isso não ocorrer e é obrigatório, na hipótese de conduzir ou de provavelmente conduzir a obtenção no universo, da maior quantidade possível de bem sobre o mal. (FRANKENA, 1969, p. 30-31).

A abordagem acerca desta teoria representa a tentativa de se demonstrarem os argumentos que justificam as decisões, particulares e governamentais, que repercutem na vida em uma sociedade urbanizada. Os atos são praticados, em grande parte, em função da obtenção de algum benefício individual, cujos efeitos repercutem direta e indiretamente, em outros interesses particulares e coletivos.

Representando um contraponto à ética utilitarista, e marco teórico de um pensamento voltado à justiça social, tem-se a construção da teoria de justiça por John Rawls.

Seu trabalho pautou na construção de uma alternativa teórica ao que se conhecia como utilitarismo. Sua ideia de justiça levava em consideração estruturas

simples da sociedade, como família ou pequeno grupo de pessoas ligadas por algum interesse.

Partindo deste cenário, buscava conciliar a liberdade e a equidade, considerando invioláveis direitos de caráter personalíssimos, mesmo que em favor do interesse comum: tais "direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais". (RAWLS, 2002, p. 04).

Não há como desprezar as liberdades individuais, assim como não pode deixar de serem preservados os benefícios sociais, o que impõe a necessidade de se buscar a harmonização dos interesses envolvidos, como condição à obtenção de um ambiente social e justo.

Verifica-se, dessa forma, um conflito estabelecido a partir das possibilidades de se justificar o comportamento humano dentro de um ambiente urbano. Por um lado, tem-se a possibilidade de ter como fundamento a vontade individual no exercício do direito sobre o imóvel; por outro, pode-se agir voltado a atender o seu próprio interesse, desde que seja possível tal desiderato harmonizado com o interesse coletivo.

Robert Alexy defende que os princípios são razões para as normas que são utilizadas como fundamento das decisões, não somente para a construção de regras, o que possibilita o seu manejo lógico. Por isso, podem ser considerados razões para juízos concretos do dever ser. (ALEXY, 2002, p. 101).

A utilização dos princípios como fundamento de decisões proferidas a partir da existência de conflitos que envolvam os dois interesses (individual e coletivo), deve-se efetivar a partir de um juízo de ponderação, realizado com muito cuidado, e alinhando com as circunstâncias fáticas que a hipótese apresentar.

Tal critério pode ser considerado necessário quando se tem um conflito já estabelecido. Porém, como mecanismo preventivo, as regras urbanistas previstas no ordenamento, como leis ou regulamentos administrativos, devem ser elaboradas de forma a viabilizar a aproximação do interesse coletivo e a vontade individual.

Importante notar a opinião do J. J. Canotilho, entendendo que a ponderação não se vincula exclusivamente aos princípios, mas podem ser estendidas às regras, na construção de um argumento como justificativa de uma decisão.

O balanceamento de bens situa-se a jusante da interpretação. A atividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos

normativos e aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito entre bens. (CANOTILHO: 1999, p.1162).

Representa árdua tarefa conciliar os interesses individuais e coletivos em ambiente urbano, considerando se tratar de um cenário composto por elementos como: parco espaço territorial, grande concentração habitacional, necessidades prementes e simultâneas, onde todos pretendem defender a integridade do seu patrimônio.

Neste cenário atual, o Estado, com seus atos, realiza um juízo de ponderação, sempre quando se encontra diante de um conflito já estabelecido, e do desafio de criar regras urbanísticas voltadas à conciliação destes interesses. O objetivo sempre será viabilizar a permanência de milhares de seres humanos em uma mesma comunidade urbana.

5.3 A Interferência do Estado e as Sanções Urbanísticas

O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, fazendo remissão ao plano diretor do Município, se dirige ao titular do direito de propriedade:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei (BRASIL, 2001).

Na busca pelo cumprimento da função social no exercício do direito de propriedade sobre o imóvel urbano, o estatuto, além de descrever quais são as exigências fundamentais para o seu alcance, estabelece as ações e sanções direcionadas ao titular do domínio que se desvia da funcionalidade imposta.

A conduta que deixa de seguir os critérios e parâmetros previstos no estatuto e no respectivo plano diretor é considerada lesiva à sociedade, por não atender a função social da propriedade. Como consequência, ao seu titular serão imputadas medidas coercitivas e sancionatórias.

Considerando, especificamente, a conduta omissiva que consiste em não utilizar suficientemente o imóvel, como na hipótese de não se atingir o coeficiente mínimo de edificação, poderão ser aplicadas, em sequência, as seguintes medidas:

determinação para o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios (PEUC); o Imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU) progressivo; a Desapropriação-sanção.

O parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, como instituto jurídico e político, encontra-se previsto no Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), junto ao artigo 4º, inciso V, alínea “i”. Sua definição e hipóteses de abrangência estão inseridas no artigo 5º do mesmo instrumento legal.

Representa a obrigação imposta ao proprietário de imóvel que se encontre em determinada região prevista no Plano Diretor do respectivo Município, que não extrai do seu bem todo potencial de utilização, conferindo, desta forma, um aproveitamento abaixo do mínimo definido na legislação.

A ausência completa de construção em determinado imóvel urbano, impingindo a qualidade de terreno baldio, caracteriza a não utilização do bem. Já o imóvel subutilizado é aquele sobre o qual, apesar de existir construção, não atinge o índice legal permitido. Em ambos os casos, estar-se-ia autorizada a atuação administrativa através dos órgãos fiscalizadores, direcionando a determinação de parcelamento, edificação ou utilização compulsoriamente.

Na lição de Vera Bueno, cabe à lei Municipal:

Especificar, por meio da delimitação da área atingida, as propriedades sujeitas à sanção. Também é ela que definirá, no caso de o plano diretor não o ter feito, os parâmetros para aferição da adequada utilização da propriedade, estabelecendo a obrigação a que o proprietário descumpridor dos ditames legais está sujeito. Cabe, portanto, às várias leis específicas que serão editadas no tempo a concretização do plano diante de uma dada realidade fruto da dinâmica das cidades. São elas que devem ‘fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação’, observados os parâmetros determinados pelo Estatuto da Cidade. (BUENO, 2003, p. 35).

De acordo com Oliveira:

Constatado que o imóvel está sendo subutilizado, o proprietário será notificado para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis (parágrafo 2º, artigo 5º). A notificação é feita por servidor Municipal ao proprietário do imóvel ou, sendo pessoa jurídica, na pessoa de quem tem poderes de gerência ou administração (inciso I, do parágrafo 3º), ou por edital, quando frustrada a tentativa de notificação pessoal (inciso III). Nada impede, no entanto, que venha a ser feita pelo Cartório de Títulos e Documentos ou por via judicial. O que importa é a ciência efetiva do ato e não a forma ou por quem é feita a notificação (OLIVEIRA, 2005, p. 35).

A partir da competência tributária municipal, utilizando-se da modalidade mais conhecida da população urbana que é o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, a administração municipal explora o seu caráter extrafiscal, segundo previsão constitucional e do Estatuto da Cidade, prevendo a progressividade de sua alíquota para aqueles que tenham sido notificados a parcelar, edificar ou utilizar satisfatoriamente o imóvel urbano, e não fizeram dentro do prazo estipulado.

Trata-se do IPTU progressivo, com previsão expressa no artigo 182, parágrafo 4º, inciso II da Constituição da República, que autoriza o Município a impor, através de seu plano diretor, tratamento tributário diferenciado àqueles que não cumprem a função social do imóvel urbano, deixando de explorar satisfatoriamente o respectivo bem.

Como consequência do não cumprimento da determinação de parcelamento, edificação ou utilização do imóvel urbano, mesmo após a incidência do IPTU com alíquotas progressivas, o Estatuto da Cidade autoriza o Município a realizar a desapropriação do bem.

O artigo 8º do Estatuto da Cidade, regulamentando o artigo 182, parágrafo 4º, inciso III da CR/88, traz a figura da desapropriação-sanção, incidente sobre imóvel urbano nos casos em que, mesmo tendo sido estabelecida a cobrança por mais de cinco (5) anos do IPTU progressivo, o proprietário mantém-se inerte e não cumpre a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar adequadamente o imóvel.

Não obstante se tratar de uma modalidade punitiva, o proprietário descumpridor da função social deverá ser indenizado pelo valor do seu imóvel. Ocorre que a modalidade e a forma de prestação encontram-se previstas parágrafo 2º do artigo 8º, do Estatuto da Cidade, e difere das demais modalidades.

Percebe-se, claramente, a atuação direta do Estado, com sua política urbanística, aplicando, em sequência, os institutos de combate ao mau uso do imóvel urbano (PEUC → IPTU progressivo → Desapropriação). Dessa forma, altera-se o papel da administração pública, de mero indutor à boa prática urbanística, para verdadeiro repressor.

Além da previsão constitucional e a sua respectiva regulamentação pela lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o plano diretor do Município, lei municipal

obrigatória para cidades com mais de 20.000 habitantes, também dispõe sobre políticas urbanísticas voltadas ao fomento do cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana.

5.4 Os Impactos Urbanísticos

Impacto representa alteração. No que diz respeito ao ambiente urbano, significa mudança na configuração de uma cidade ou em determinado setor específico. Pode ser consequência de ação natural, ou decorrer da atuação direta do homem.

Para esta abordagem, importam as interferências humanas, fruto do exercício da vontade livre e consciente, direcionada ao atendimento de interesses que podem atender proveito próprio ou de determinada coletividade.

A efetivação de qualquer empreendimento de médio ou grande porte em uma cidade exige, para respectiva aprovação junto aos órgãos fiscalizatórios, um estudo prévio de impacto junto à região onde será implementado.

O Estatuto da Cidade, no seu artigo 4º, inciso VI, prevê o estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e o estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) como instrumentos que serão utilizados para a preservação do espaço urbano, conciliando, naquilo que for possível, o interesse individual do empreendedor com o bem-estar social de quem vive na respectiva cidade.

Ciente das modificações que um empreendimento produz no espaço urbano, o legislador torna obrigatória a realização da previsão de impacto, para que a sociedade possa ter conhecimento prévio do que será efetivado, e tranquilidade de que os seus interesses serão mantidos. Da mesma forma, os órgãos de fiscalização urbana passam a tê-lo como parâmetro que deverá ser atingido, sob pena de paralisação da obra e aplicação das respectivas penalidades.

O estudo de impacto de vizinhança, como determina o artigo 37 do mesmo estatuto, deverá contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento, bem como a atividade, levando-se em consideração a qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades.

Integra o conteúdo deste estudo, o uso e ocupação do solo. Com isso, reconhece o legislador que o grau de utilização do imóvel urbano é fator preponderante de potencial lesividade para uma sociedade urbana. Ocorre que a análise proposta se refere a um empreendimento, ou seja, uma conduta positiva do proprietário ou possuidor, que, de alguma forma, está extraindo vantagem do imóvel propondo uma edificação.

Da mesma forma que a utilização do imóvel a partir de uma conduta positiva do seu titular representa impacto para aqueles que compartilham determinado espaço urbano, a sua não utilização, voltado exclusivamente ao ganho especulativo, expõe a comunidade urbana ao mesmo grau de lesividade.

O crescimento populacional de uma cidade faz aumentar a demanda por área urbana passível de edificação. Por essa razão, o fato de a oferta destas áreas não corresponder à procura, já que estão concentradas na esfera patrimonial de quem só as tem para fim especulativo faz com que se torne oneroso possuir imóveis em áreas mais inclusivas.

Basta perceber que a concentração imobiliária para fim meramente especulativo pode gerar, dentre outros efeitos, os grandes vazios urbanos e a precoce *periferização* em cidades ainda em formação e a formação de ocupações irregulares, invasões e favelas, nas cidades mais antigas, com um grande contingente populacional.

Nos dois casos, evidenciam-se impactos extremamente lesivos que impedem o desenvolvimento harmônico e inclusivo de uma cidade, gerados a partir da desídia do proprietário ou possuidor. Ocorre que para tais interferências não se exige estudo prévio, já que, em tese, não estaria o proprietário ou possuidor infringindo qualquer determinação legal, já que a atividade especulativa não representa atividade ilícita.

A moradia, como direito fundamental previsto expressamente no texto constitucional, artigo 6º, tem o seu cumprimento dificultado quando inserido em um ambiente urbano cujos espaços não são devidamente aproveitados. Aqueles que não possuem condição de usufruir das áreas urbanas já dotadas de infraestrutura, sejam para sua residência ou atividade profissional, em razão do alto valor destinado a tais espaços, são relegados a ocuparem locais cada vez mais distantes e apartadas do desenvolvimento social.

A exclusão dos menos favorecidos das áreas dotadas de melhor estrutura urbana representa o mais severo impacto urbanístico causado pela interferência direta do homem. Para sua efetivação, não basta a construção de um grande empreendimento, mas simplesmente render-se à possibilidade de ganho financeiro a partir da aquisição de um imóvel, sem qualquer pretensão de ocupação ou edificação, apenas para fim especulativo.

Interessante a comparação realizada por Ricardo Pereira Lira (1997). Segundo ao autor, a não edificação junto ao solo urbano, mantendo-o apenas com a finalidade especulativa, faz o papel de instituição financeira que atua em benefício do proprietário. O investimento financeiro é comparado à opção de aquisição do imóvel. Os juros remuneratórios (lucro) são equiparados à diferença percebida entre o valor gasto para aquisição do imóvel, e aquele atribuído ao mesmo, porém após o decurso do tempo e a efetivação de infraestrutura urbana. Resumindo, o valor principal é aquele gasto na compra do imóvel, e o lucro, a valorização do bem.

Continua o autor, explicando que tal atividade representa verdadeiro locupletamento por parte do proprietário especulador (investidor), já que a valorização do seu bem se efetivou a partir do investimento realizado por toda coletividade, com o dinheiro gasto para construir os equipamentos públicos.

Os institutos já mencionados, previstos no Estatuto da Cidade (PEUC – IPTU progressivo – Desapropriação-sanção), devem ser compreendidos como instrumentos de combate à especulação imobiliária, pelos quais o proprietário ou possuidor se veem obrigados a utilizarem o bem de forma a atender harmonicamente os próprios interesses e os da sociedade.

As interferências, mesmo que sejam aptas a impactarem os vizinhos, podem ser mantidas, quando justificadas por empreendimentos que possam agregar riqueza e desenvolvimento social para determinada localidade. Seria o uso anormal, cuja tolerância se justificaria graças ao interesse social que a atividade representa. No caso de especulação imobiliária, isto não acontece, pois a inutilização do bem para esta finalidade não representa atividade que contribua para o interesse da coletividade.

A especulação imobiliária não justifica a manutenção das interferências lesivas ocasionadas pela inatividade do proprietário ou possuidor frente ao imóvel

urbano. Não há como imaginar algum tipo de proveito para sociedade a partir desta omissão.

O Código Civil brasileiro não prevê, expressamente, os atos omissivos como aptos a gerar interferências aos direitos dos vizinhos e demais impactados. Por esta razão, uma leitura restrita do dispositivo poderia concluir que estaria inviabilizada a utilização das medidas típicas do direito de vizinhança nas hipóteses de inutilização ou subutilização do imóvel urbano, nos termos do Estatuto da Cidade e do respectivo plano diretor.

O artigo 1.277 do Código Civil brasileiro estabelece que a utilização do imóvel apta a gerar interferências danosas aos vizinhos é aquela que se apresenta lesiva à segurança, sossego e saúde. Nestes casos, o vizinho prejudicado poderá requerer a paralisação imediata dos efeitos gerados pela conduta do proprietário ou possuidor.

Como já mencionado neste trabalho, trata-se de cláusula geral para o direito de vizinhança, proporcionando maior amplitude quanto à sua aplicação, viabilizando a abrangência de inúmeras situações. Desta forma que deverá ser compreendida a mencionada regra, ou seja, todas as interferências ocasionadas pelo uso anormal da propriedade vizinha, desde que ofensiva à segurança, sossego e saúde, poderão ensejar ao prejudicado o direito de pleitear a imediata paralisação.

Como visto, a conduta omissiva consistente em não utilizar ou subutilizar o imóvel urbano, deixando de cumprir com o dever de edificar minimamente no respectivo bem, além de um ato ilícito, consiste em uso anormal da propriedade. Portanto, sendo esta omissão causa de interferência nociva ao ocupante do imóvel vizinho, dará ensejo ao pedido de imediata paralisação daquela conduta.

Ocorre que, em se tratando de omissão, por óbvio, não há que se falar em interrupção da ação, mas em requerer a suspensão dos efeitos da conduta, que no caso, corresponderia, inevitavelmente, à imposição do dever de edificar.

O dispositivo (cláusula geral) poderia ser utilizado, por exemplo, para fundamentar o pleito do ocupante de um imóvel urbano, em desfavor do seu vizinho, por estar sofrendo interferências danosas em face da ausência de muro e portão no imóvel que faz divisa com a sua residência, tratando-se de interferência prejudicial à segurança.

Desse modo, conclui-se que as interferências urbanas causadas exclusivamente pela ação humana são responsáveis por transformações não só no espaço físico da cidade, mas na sua própria configuração.

Os impactos gerados a partir destas ações incidem sobre a estrutura física, e repercutem individualmente, quando abordado o interesse de cada morador impactado (vizinho), e coletivamente, quando se está diante de várias pessoas que passam a estar inseridas em uma realidade afetada pela ação humana danosa.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL

6.1 A Função Social da Responsabilidade Civil

Tradicionalmente, tem-se nas relações privadas o envolvimento e tutela de interesses eminentemente individuais, pelos quais a vontade de cada agente se materializa na consecução do ato jurídico, produzindo efeito, e repercutindo na sociedade.

Por esta razão, compreendendo o sistema jurídico brasileiro como conjunto de normas expressas na legislação, princípios, explícitos e implícitos, usos e costumes, e até mesmo a jurisprudência, tem-se questionado acerca da legitimidade e validade da conduta que atente contra o interesse social, mesmo que reflita expressamente a vontade livre e consciente dos seus agentes.

O exercício do direito de propriedade desvinculado de sua função social submete a respectiva conduta às restrições, punições e até mesmo a destituição do patrimônio, não obstante representar instituto eminentemente privado.

Os contratos, expressão direta da autonomia da vontade individual, responsável por criar regras próprias, de vigência interna e repercussão externa, também se encontram vinculados ao atendimento de ditames que representam o interesse social, sob pena de comprometer sua validade, nos termos do artigo 421 do Código Civil brasileiro. (BRASIL, 2002).

Seguindo a mesma tendência, a responsabilidade civil, como instituto de direito privado, além de representar instrumento de aplicação nas relações privadas, possui funções específicas, dentre as quais o atendimento ao interesse social.

A função reparatória da responsabilidade civil, expressa no Código Civil brasileiro nos artigos 927 e 944, e a punitiva, evidenciada no mesmo diploma no artigo 944, parágrafo único, deixam claro que a intenção do legislador é buscar, na medida do possível, o retorno à situação fática pretérita à incidência da conduta danosa, e punir aquele que agiu de forma voluntária ou culposamente para causar prejuízo alheio, respectivamente. (BRASIL, 2002).

Ocorre que o direito não se resume ao texto legal, e deve ser observado de forma sistemática, além do fato de que se trata de um fenômeno social, e como tal é “objeto que só se constitui em função do sujeito, que dele participando, o constrói”. (COELHO, 2003, p. 42).

A função social, ao contrário dos outros institutos de direito privado já mencionados, não está expressa no texto legal como objetivo a ser alcançado por meio da responsabilidade civil. Porém, algumas modalidades, em razão da sua forma de constituição e dos requisitos exigidos para imputação da respectiva indenização, são justificadas em face do interesse tutelado e, sobretudo, pela finalidade social almejada: a responsabilidade sem culpa, ou objetiva; e a responsabilidade civil por abuso de direito.

A conduta do agente na concretização de um ato ilícito representa um elemento da responsabilidade civil, sem a qual não se faz possível a aplicação da respectiva indenização. A responsabilidade subjetiva no código civil brasileiro evidencia-se no seu artigo 186, ao definir ato ilícito, e do próprio artigo 927, *caput*, quanto à obrigação de reparar o dano causado pelo respectivo ato.

Conforme prevê o primeiro dispositivo, ato ilícito é a ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa dano a outrem. O agente pode agir com a intenção direta de causar dano ou, mesmo não intencionado, pode atingir o mesmo desiderato agindo de forma negligente ou imprudente. Já o segundo dispositivo, imputa ao agente que praticou ato ilícito o dever de reparação.

Não obstante tal previsão, não há como deixar de reconhecer que as hipóteses de responsabilidade civil sem culpa têm se avolumado a partir da vigência do código civil, e da interpretação dada aos seus dispositivos diante dos casos concretos, consolidada pela jurisprudência.

O parágrafo único do artigo 927 amplia, sobremaneira, a possibilidade de admissão do dever de reparar, mesmo ausente o elemento culpa, ao impingir responsabilidade àqueles que exercem atividades que, normalmente, oferecem risco aos direitos de *outrem*. (BRASIL, 2002).

Ora, diante da dinamicidade da economia, do estágio de desenvolvimento tecnológico, da busca incessante pela alta produtividade lucrativa, e da inserção do

trabalho humano neste contexto, torna-se impossível mensurar as possibilidades de aplicação da responsabilidade sem culpa ou objetiva.

Além desta ampla possibilidade, ainda se fazem presentes hipóteses específicas de aplicação da responsabilidade objetiva, como na responsabilidade dos pais, tutores e curadores pelos atos dos incapazes; dos empresários individuais e as empresas pelos danos causados pelos produtos postos em circulação; a responsabilidade dos proprietários de estabelecimentos de hospedagens; dos detentores de animais pelos prejuízos causados; daqueles que habitam prédios verticais, pelos objetos que caíam de suas janelas ou sacadas, entre outros.

A responsabilização do indivíduo causador de um dano, sem exigir da vítima o dever de comprovar a existência de voluntariedade, negligência ou imprudência, poderia trazer a impressão de tratamento discriminatório, violador de direito fundamental como a ampla defesa, ou até mesmo atentando contra a dignidade da pessoa humana.

Afinal, o que justifica um tratamento mais penoso, admitindo a aplicação do dever de indenizar ao agente que não desejou causar qualquer prejuízo, e sequer agiu por erro ou ausência de cuidado?

Observa-se que em todas as hipóteses de responsabilidade objetiva, não obstante ser a vítima aquela que de fato suporta o respectivo prejuízo, a conduta desenvolvida pelo agente responsabilizado representa um risco social, ou seja, naquele respectivo momento pode ter sido um determinado indivíduo o prejudicado, mas a continuação daquela atividade está apta a permanecer causando prejuízos às pessoas indistintamente.

Significa, portanto, que a conduta, por si só, representa um risco social, potencialmente danosa a toda coletividade e, dessa forma, mesmo sem culpa, merece reprimenda, não para causar desestímulo à continuação da atividade, mas para exigir do agente cautela suficiente a garantir o máximo de proteção.

A dispensabilidade da culpa não representa expressão da função punitiva da responsabilidade civil, até porque, para aqueles que defendem a sua existência, o fazem relacionando o grau de culpa do agente ao valor da indenização. Até porque, não havendo culpa, como fazer tal aferição?

Trata-se da socialização dos riscos em decorrência das atividades naturalmente danosas. Merecem tratamento diferenciado quanto às indenizações, prevendo hipóteses de responsabilização sem culpa e, em determinados casos, serem oneradas através de cobranças de seguros ou outros tipos de encargos.

Diante destas preocupações, costuma-se apontar como solução a obrigatoriedade da contratação de seguros privados ou mesmo a implantação de sistemas públicos de socialização de riscos. São medidas que visam tornar efetivos os objetivos prestigiados pelo princípio da identidade. Além dos fundos de seguridade social destinados ao amparo de vítimas de acidente de trabalho, outros mecanismos de socialização das repercussões econômicas de eventos danosos desenvolveram-se ao longo do século XX. (ULHOA, 2012, p. 832).

Além da responsabilidade objetiva como expressão da função social deste instituto, constata-se claramente sua predominância na previsão do artigo 187 do Código Civil brasileiro, que define o ato ilícito praticado mediante abuso de poder.

Segundo o mencionado dispositivo, também comete ato ilícito aquele que abusa do direito do qual é titular, extrapolando os limites, inclusive aqueles impostos pela função social. Por isso, assim como na responsabilidade objetiva, o interesse social é protegido, sendo representado como limite a ser respeitado, sob pena de tornar ilícito o respectivo ato.

Trata-se de uma ação ou omissão que, em seu início, representou a prática de um direito legítimo, porém durante o seu exercício deixou de atender o interesse social, e por esta razão, transformou-se em ato ilícito, passível de indenização.

A ilicitude do ato praticado por abuso de direito decorre do não atendimento da função social do próprio direito. A sua reprovação decorre exclusivamente da antijuridicidade, não havendo necessidade de dano efetivo ou conduta culpável.

Para Pietro Perlingieri (1999), o simples praticar ou não praticar o ato atendendo determinada modalidade que não decorram da função que a situação subjetiva exija, configura abuso de direito.

E para arrematar a tutela do interesse social na responsabilidade civil, ressalta o pensamento de Alberto Spota, segundo o qual o direito subjetivo serve para atender a função social e não o interesse privado.

Dessa forma, fica evidenciado que a responsabilidade civil é um instituto de direito privado, cujo objetivo maior é servir de instrumento para o retorno ao *status quo ante*, impondo ao autor do ato ilícito o dever de reparar o dano suportado pela vítima. Porém, atingir este resultado significa não só a resolução de um caso concreto envolvendo as partes integrantes da relação jurídica, contratual ou extracontratual, mas alcançar o interesse da coletividade, que se beneficia pela estabilidade jurídica dela resultante.

6.2 O Ato Ilícito

A formação do conceito de ato ilícito pressupõe a compreensão do que seja fato jurídico, e os respectivos desdobramentos, seguindo a sequência estabelecida pela teoria geral do direito.

Fato jurídico representa aqueles com relevância jurídica, e se dividem em fatos naturais e fatos voluntários, sendo que estes, podem se constituir de atos lícitos e atos ilícitos, considerando sua consonância ou não com o direito. (CAVALIERI, 2014).

Para Washington de Barros (2009), do fato jurídico decorrem o negócio jurídico e o ato jurídico, sendo que aquele corresponde a um ato de vontade capaz de produzir efeitos jurídicos desejados pelas partes, e este também a um ato de vontade, mas com efeitos jurídicos produzidos independentemente da vontade das partes. Dos atos jurídicos surgem os atos lícitos e ilícitos, sendo que naqueles o efeito jurídico não desejado se encontra em conformidade com o direito, enquanto nestes o efeito jurídico corresponde a um delito, cível ou criminal.

Diferente do negócio jurídico, que representa uma vontade, o ato ilícito corresponde a uma ação ou omissão, ou seja, a vontade é expressa por uma atitude material, contrária ao dever legal ou contratual, responsável pela concretização de um dano. (WALD, 2002).

O Código Civil brasileiro conceitua ato ilícito no artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Mesmo se referindo a “violiar direito”, não deve se limitar a análise das normas legais, mas do próprio dever jurídico. Sendo assim, as condutas humanas devem ser comparadas aos comportamentos impostos pela norma, mas também pelos princípios e os costumes de determinado local.

Para a efetivação de um ato ilícito, a ação ou omissão deverá ser voluntária, negligente ou imprudente, violar direito e responsável pela ocorrência de um dano.

Com este conceito, o legislador condiciona a ilicitude da conduta a um elemento subjetivo, a culpabilidade, e outro objetivo, a efetivação de um dano.

O dever de indenizar surge a partir da aplicação deste dispositivo em consonância com o artigo 927 do mesmo diploma, que prevê a obrigação de reparar àquele que pratica ato ilícito e causa dano. Observe que o legislador simplesmente faz referência aos artigos 186 e 187 para dizer o que é ato ilícito, mantendo a ocorrência de um dano como condição à indenização. Portanto, o dano faz parte do conceito de ato ilícito, e ao mesmo tempo encontra-se como condição para surgimento do dever de indenizar.

Ora, se para praticar ato ilícito há necessidade de causar dano a outrem, como exige o legislador ao conceituar o instituto no artigo 186, não haveria a necessidade de se exigir novamente o dano para o surgimento do dever de reparar, bastando exigir a prática de um ato ilícito.

Discordando com a previsão legislativa, de que quem comete ato ilícito é aquele que viola direito e causa dano, Rui Stoco afirma se tratar de conceituação equivocada:

Ocorre que o CC/2002, que manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, reproduziu aquele preceito, com sua redação alterada. [...] Note-se que o legislador corrigiu o erro antes apontado e identificado no art. 159 do código revogado. Mas cometeu outro erro ainda mais grave. É que a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter dano. Ou seja, ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual. (STOCO, 2014, p. 166).

No mesmo sentido, apontando pelo equívoco legislativo, Ruy Rosado (2005) observa que a indenização não deveria integrar o conceito de ato ilícito, mas dele ser considerado um efeito.

De fato, a ilicitude de uma conduta não pode ser condicionada a ocorrência de um dano. O prejuízo suportado pela vítima representa requisito para o surgimento do dever de indenizar, e isso o legislador evidenciou no artigo 927, como já mencionado. Por esta razão, mesmo diante de evidente falha redacional, não há maior repercussão.

A responsabilidade civil, e a conseqüente imposição do dever de indenizar exigem do agente uma conduta, sendo ela a responsável pela ocorrência de um dano. A vontade livre e consciente para a prática desta ação é condição indispensável para satisfação deste requisito. Não se trata, ainda, de análise de culpabilidade, mas de mera liberalidade para efetivação da ação ou omissão danosa.

A conduta apta a gerar responsabilidade civil, e conseqüente dever de indenizar, deverá ser praticada de forma consciente e livre, sem qualquer interferência de terceiros ou da própria vítima, sob pena de romper o nexo de causalidade.

Segundo o conceito normativo, o legislador exige dolo ou culpa, em sentido estrito, para que a conduta se revista de ilicitude. Trata-se dos requisitos da voluntariedade e da negligência ou imprudência, respectivamente.

A voluntariedade como um dos elementos que integram o conceito de ato ilícito, deve ser interpretada como elemento volitivo, dentro do campo da intencionalidade. Neste caso, o ato já nasce ilícito desde a origem, pois o agente pretende praticar a conduta e o resultado. (CAVALIERI, 2014).

Já na conduta praticada com negligência ou imprudência, o ato nasce lícito, pois o agente não deseja a efetivação do dano, mas o resultado acaba por acontecer por ausência de um dever de cuidado.

6.2.1 Exegese a partir do conceito legal

A partir do conceito de ato ilícito construído pelo legislador no artigo 186 do Código Civil brasileiro, extrai o elemento culpa, em sentido amplo e estrito, como pré-requisito para efetivação do ato ilícito e do dever de indenizar.

Não obstante o legislador ter condicionado a ilicitude à demonstração de culpa por parte do agente, previu a responsabilidade civil objetiva, também conhecida como responsabilidade sem culpa, com previsão expressa em diversos dispositivos do Código Civil, bem como em legislações esparsas.

Dessa forma, considerando a opção do legislador de conceituar o ato ilícito como ato voluntário e culposo, tem-se dificuldade em se compreender como haverá dever de indenizar, nos termos do artigo 927 do Código Civil, quando o agente não tenha agido com culpa.

Em razão desta constatação, que em uma primeira leitura poder-se-ia concluir pela contradição e inconsistência legislativa, deve-se compreender que a ilicitude do ato possui dois aspectos: objetivo e subjetivo.

Segundo Sérgio Cavalieri (2014), a ilicitude possui duas dimensões, uma objetiva e outra subjetiva, através das quais se torna possível compreender as responsabilidades com culpa e sem culpa.

No aspecto objetivo, a ilicitude é analisada a partir da exteriorização da conduta, sem adentrar ao elemento psicológico do agente.

A exteriorização do ato ilícito se efetiva a partir do momento em que é praticado, constatando se tratar de ação ou omissão que contraria o direito, na sua dimensão sistematizada. É no momento da efetivação que a ilicitude se considera materializada.

A partir do momento em que há uma determinação prevista no sistema jurídico, e a conduta viola tal preceito, está configurada a ilicitude. Neste momento, não há qualquer questionamento quanto à intenção do agente, se direcionada ou não ao dano provocado. A análise se resume a constatação de que houve uma conduta, livre e consciente, e que a mesma violou a ordem jurídica, causando prejuízo à vítima.

A proibição expressa no ordenamento jurídico, bem como a previsão da respectiva obrigação para hipótese de descumprimento, visa proteger a sociedade. O indivíduo deve ser desencorajado a praticar condutas que venham transgredir tais regras, pensando na consequência de seus atos. Por este motivo, a simples transgressão da regra, causando prejuízo a outrem, basta para a concretização da ilicitude e embasa a aplicação do dever de indenizar.

Nessa seara, destaca San Tiago Dantas: “O ilícito é a transgressão de um dever jurídico. Não há definição mais satisfatória para o ilícito civil”. (DANTAS, 1977, p. 345).

A análise acerca do aspecto subjetivo da conduta se efetiva a partir da materialização da conduta, ativa ou omissiva, contrária ao ordenamento jurídico e responsável pela efetivação de um dano. Uma vez ultrapassado o aspecto objetivo da conduta, passa-se a perquirir acerca da intenção do agente.

Sendo assim, completada a análise objetiva, e uma vez extraída a intenção do agente responsável pelo ato, pelo enfoque subjetivista, tem-se por completado o juízo acerca da ilicitude da conduta.

Assim ressalta Orlando Gomes:

Mas a antijuridicidade da conduta objetiva distingue-se nitidamente da antijuridicidade subjetiva. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente. Ademais, pode ser provocada por um fato *stricto sensu*, enquanto a antijuridicidade subjetiva sempre é consequência do ato voluntário. (GOMES, 2004. p. 254).

O motivo pelo qual o agente praticou a conduta representa a sua intenção. A conduta voluntária representa a ação ou omissão desejada pelo agente, com vontade direcionada à ofensa do ordenamento. Trata-se de uma conduta culposa, em seu sentido amplo.

A partir destes dois enfoques acerca da conduta (objetivo e subjetivo), o ato ilícito também pode ser entendido em um sentido amplo e outro estrito.

O conceito de ato ilícito, em sentido estrito, corresponde àquele construído pelo legislador, no artigo 186. Exige a coexistência dos elementos: conduta ilícita (contrária ao ordenamento), dano, nexa causal e culpabilidade do agente. Trata-se de ato complexo, que só se concretiza com a ocorrência de todos os elementos.

Em sentido amplo, para a efetivação do ato ilícito, basta a análise externa da conduta, ou seja, a efetivação da ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico, e responsável pela efetivação de um dano. Não há que se falar na vontade do agente, mas na simples efetivação do ato contrário ao ordenamento.

A partir do momento que se observa o ato ilícito pelos dois enfoques, amplo ou objetivo, estrito ou subjetivo, compreende-se que, não obstante o conceito legal previsto no art. 186 do Código Civil, a culpabilidade não é elemento indispensável à concretização do dever de indenizar.

Nesse sentido, ensina o professor Humberto Theodoro Júnior:

O direito se constitui como um projeto de convivência, dentro de uma comunidade civilizada (o Estado), no qual se estabelecem os padrões de comportamento necessários. A ilicitude ocorre quando in concreto a pessoa se comporta fora desses padrões. Em sentido lato, sempre que alguém se afasta do programa de comportamento idealizado pelo direito positivo, seus atos voluntários correspondentes, genericamente, a atos ilícitos (atos do homem atitantes com a lei). Há, porém, uma idéia mais restrita de ato ilícito, que se prende, de um lado ao comportamento do injurídico do agente, e de outro ao resultado danoso que dessa atitude decorre para outrem. Fala-se, então, de ato ilícito em sentido estrito, ou simplesmente ato ilícito, como se faz no art. 186 do atual Código Civil. Nesse aspecto, a ilicitude não se contentaria com a ilegalidade do comportamento humano, mas se localizaria, sobretudo, no dano injusto a que o agente fez a vítima se submeter. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 18).

A ilicitude a partir da complementação dos elementos conduta, dano e nexa causal pode ser considerada presumida, em razão da própria natureza do interesse tutelado, que não se restringe ao prejuízo suportado pela vítima. Por outro lado, quando o interesse a ser protegido se limita à manutenção da integridade patrimonial ou moral do prejudicado, além da exteriorização da conduta, torna-se indispensável à medida de culpabilidade do agente.

6.2.2 A Ilicidade por Abuso de Direito

O legislador optou por conceituar o ato ilícito, evidenciando quais são os elementos que dele fazem parte; bem como condicionou ao dever de indenizar, a sua efetivação.

Não obstante as concepções objetiva e subjetiva do ato ilícito, que viabilizam a efetivação das responsabilidades civil também objetiva e subjetiva, aferidas a partir do conceito exposto pelo artigo 186 do Código Civil, o legislador incluiu no ordenamento uma nova possibilidade de se praticar ato ilícito.

Trata-se do artigo 187 do mesmo diploma legal, prevendo que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Sendo assim, pratica-se ato ilícito aquele que efetiva conduta contrária ao ordenamento jurídico e causa dano, podendo ou não ser culposa; e também assim o faz, aquele que exerce um direito do qual é titular, porém de forma a exceder os limites impostos por determinados fins.

Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 55), citando a jurisprudência, considera ato praticado com abuso de direito aquele que representa “sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou involuntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral”.

O mestre Carlos Alberto Bittar, citado por Cláudio Antônio Soares Levada, quanto à ilicitude do ato praticado por abuso de direito, ensina:

Recebe – como também assentado – o nome de ‘ato ilícito’ (*fautes* franceses), quando contrário ao dever geral previsto na ordem jurídica observados os demais condicionamentos técnicos apontados – integrando-se, então, ao campo da responsabilidade extracontratual. (LEVADA, 2010, p. 741).

A conduta do agente, inicialmente, está voltada ao exercício de um direito do qual é titular, até então não há que se falar em ilicitude, seja no sentido amplo ou estrito. A partir do momento em que se excedem os limites impostos pela boa-fé ou bons costumes, fim social ou econômico, a conduta passa a ser considerada ilícita. Não se vislumbra, portanto, o interesse que está sendo privativamente lesado.

Flávio Tartuce, neste sentido, destaca:

O conceito de abuso de direito é, por conseguinte, aberto e dinâmico, de acordo com a concepção tridimensional de Miguel Reale, pela qual o Direito é fato, valor e norma. Eis aqui um conceito que segue a própria filosofia da codificação de 2002. O aplicador da norma, o juiz da causa, deverá ter plena consciência do aspecto social que circunda a lide, para aplicar a lei, julgando de acordo com a sua carga valorativa. Mais do que nunca, o surgimento e o acatamento do abuso de direito como ato ilícito pelo atual Código Civil, terá força a tese pela qual a atividade do julgador é, sobretudo, ideológica. (TARTUCE, 2012, p. 420).

Trata-se de ato jurídico lícito no antecedente, e ato ilícito no consequente, ou seja, no início o autor da conduta se limita a exercer um direito do qual é titular; posteriormente, este exercício passa a ultrapassar os limites especificamente impostos pelo legislador.

Os limites são impostos por interesses que direcionam à coletividade, e não possuem definição específica no ordenamento, o que leva a considerar o conceito de abuso de direito como vago e extremamente amplo.

Em trabalho publicado em conjunto, Leonardo Macedo Poli e Luciana Costa Poli (2012), fazendo menção à Braga Neto (2003), lembram que o abuso de direito é classificado como um ilícito funcional, quando a antijuridicidade se vale de uma distorção funcional do direito exercido.

Ainda afirmam que, além do caráter sociológico, o abuso de direito possui importante função conciliatória, pela qual consegue sincronizar os interesses que se encontram vinculados a determinada situação jurídica, mesmo que, às vezes, se coloquem originariamente de forma antagônica.

Como mencionado, não há lesão a interesse previamente determinado, mas a princípios éticos e sociais identificados como boa-fé, bons costumes, finalidade social e econômica.

Cláudio Antônio Soares Levada, lembrando Josserand, afirma existir abuso de direito quando o ato é exercido para atender aos interesses do titular do direito, mas, para isso, acaba por ofender as regras de caráter social. Por se tratar de verdadeiros direitos e funções, com finalidade específica a cumprir, não podem se apartar, sob pena de cometimento de um abuso de direito. (LEVADA, 2010).

A boa-fé está inserida no ordenamento na condição de cláusula geral, integrando as relações privadas como norma interpretativa e limitadora dos direitos subjetivos.

Seguindo os ensinamentos de Álvaro Costa, a boa-fé é um princípio de aplicação generalizada, e sua incidência não se efetiva somente quando a lei expressamente autoriza. Possui uma tríplice função: interpretativa, informativa da validade dos contratos e criadora de direitos. (COSTA, 1947).

A função social para o ordenamento jurídico significa o restabelecimento do verdadeiro sentido das normas que garantem os direitos subjetivos, qual seja, que todo comportamento humano deve se encontrar voltado para um fim social.

O direito é um instrumento para o alcance dos fins do Estado, e as respectivas normas voltadas para a satisfação dos interesses da coletividade.

Quando há alguma alteração neste itinerário e o destino passa a ser o interesse exclusivamente individual, a norma se desvia da finalidade, deixando de atender à vontade social. (AGUIAR JUNIOR, 2005).

A função econômica representa a vantagem pretendida pelos sujeitos de uma relação jurídica, seja esta elaborada a partir de um negócio jurídico ou do próprio ordenamento. Não se trata de cláusula geral que vede a obtenção de vantagem econômica, mas representa um mecanismo de controle em busca de equilíbrio.

É natural que as partes busquem obter resultado econômico positivo a partir da efetivação de um negócio jurídico, o que não se admite é que esta obtenção se dê às custas do prejuízo alheio.

A norma posta e o direito elaborado a partir dos negócios jurídicos devem perseguir a finalidade econômica. Aqueles que se colocam à mercê da aplicação de suas regras visam alcançar a vantagem desta natureza, porém de forma equilibrada e equidistante. Qualquer ato que venha a romper o caminho do equilíbrio, passando a atribuir vantagem econômica para uma das partes, em detrimento da outra, desvia desta finalidade.

Para extrair o que possam ser considerados bons costumes, inicialmente há que ser observadas as práticas que reflitam o comportamento das pessoas que integram determinado grupo social.

Correspondem ao conjunto de regras e práticas consolidadas nestes agrupamentos e que passam a ser impostas por um código de ética e moral com vigência tácita. A partir desta sedimentação, as normas e os negócios jurídicos passam a expressá-lo e, com isso, integram as relações sociais.

O ato praticado com abuso de direito, ilícito, portanto, produz efeito, repercutindo nas relações jurídicas. Poderá servir de subsídio para o surgimento do dever de indenizar, como objeto de responsabilidade civil, ou para comprometer a validade de um negócio jurídico, cujo direito envolvido trilhe um caminho diferente das finalidades econômicas, sociais ou contrária à boa-fé ou aos bons costumes.

A responsabilidade civil e a consequente obrigação de indenizar dependem não só da ocorrência de um ato ilícito, mas da efetivação de um dano.

O exercício abusivo de um direito, caracterizado pelo desrespeito às finalidades elencadas no artigo 187 do Código Civil brasileiro, está plenamente apto a causar prejuízo a outrem, seja ele de ordem material (dano emergente ou lucro cessante) ou eminentemente de cunho moral (constrangimento, vergonha). Neste caso, ter-se-ia a efetivação de todos os elementos necessários para imputação ao autor da conduta do dever de reparar os danos causados à vítima.

Observa-se a existência de divergência quanto ao modelo de responsabilidade civil aplicável ao ato ilícito praticado por abuso de direito, especificamente quanto à necessidade de se comprovar a culpabilidade do agente, ou seja, se a conduta está revestida da intenção de causar prejuízo alheio.

Não obstante a posição assumida por Washington de Barros (2009), entendendo se tratar de ato emulativo, ou seja, aquele realizado com o único intuito de causar dano a terceiro, mesmo o autor não aferindo vantagem alguma, prevalece o entendimento de que ato abusivo é hipótese de responsabilidade civil de natureza objetiva, ou sem culpa

Neste sentido advoga Sérgio Cavalieri (2014), afirmando que não há que se exigir demonstração de culpa nos atos ilícitos praticados por abuso de direito, mas exclusivamente a extrapolação dos limites impostos pela boa-fé, bons costumes, finalidade social e econômica do direito. São valores ético-sociais consagrados pela norma, em defesa do bem comum, e em nada se relaciona com a intenção do agente de causar prejuízo a outra pessoa.

Marco Aurélio S. Viana (2004) afirma que o direito brasileiro indica claramente a concepção objetivista da responsabilidade civil praticada por ato abusivo, a partir da leitura do próprio art. 187.

O abuso de direito rompe com a antiga noção de ilicitude, por representar ato ilícito no seu aspecto puramente objetivo. Disso se deriva os meios ou modos utilizados para o exercício de um direito, descomprometido com a necessidade de comprovação de culpa, e até mesmo do dano.

Cláudio Antonio Soares, acerca deste entendimento, arremata:

A doutrina tem sido massiva em vislumbrar na nova modalidade de ilícito objetivo, isto é, a ser aferido em razão das consequências do ato em si, sem preocupações com a intenção de o agente causar ou não dano deliberado à

vítima. Trata-se de mero exame a eventual desvio de finalidade da lei (social ou econômica), ou ainda aos deveres impostos pela chamada boa-fé objetiva, como os de lealdade ou colaboração. Não é preciso, repita-se, intenção de causar dano por parte do ofensor. (LEVADA, 2010, p. 173).

A finalidade da norma, ao prever uma nova modalidade de ato ilícito, figura que não se fazia presente no Código Civil de vigência anterior, foi criar regra expressa que evidencie a primazia do interesse coletivo, que deverá ser buscado mesmo quando se está diante do exercício de um direito individual.

Nunca é demais lembrar que o Código Civil brasileiro de 2002 foi promulgado quando já se encontrava em plena vigência a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que na condição de centro normativo de todo direito pátrio, exige o atendimento do interesse coletivo em todas as relações privadas, através das funções social e econômica e da boa-fé objetiva.

Está-se diante de uma regra que claramente defende o interesse coletivo e, como tal, não poderia estar vinculada à ofensa ao interesse individual para que pudesse surtir efeitos, seja no campo da responsabilidade civil ou da validade dos atos jurídicos.

Embora pareça estar em conformidade com a norma, não se encontra em consonância com o ordenamento jurídico, que compreende o conjunto de valores éticos e morais, princípios e a própria lei. Para consolidar o abuso de direito como apto a gerar responsabilidade civil, ato ilícito não poderá ser confundido com ilegal.

O ato praticado com abuso de direito é capaz de gerar para o agente o dever de indenizar, devendo para isso estar comprovada a ocorrência de algum dano suportado por terceiro, individualmente. Não há necessidade de demonstrar culpa, em sentido amplo ou estrito, pois a simples transgressão dos limites impostos em defesa da coletividade já se mostra suficiente.

Sem a comprovação de um dano, material ou moral, o ato praticado com abuso de direito, desviado das finalidades impostas expressamente no artigo 187, não implica ao sujeito o dever de indenizar. Porém, como efeito decorrente desta transgressão, tem-se o comprometimento da validade dos negócios jurídicos estabelecidos a partir do respectivo ato.

A repercussão incidirá no campo das nulidades, onde o ato praticado com o desvio de uma das finalidades apontadas no mencionado dispositivo poderá ter sua

validade questionada, independentemente da efetivação de algum dano, mas por representar um ato ilícito.

6.2.3 A Ilícitude do Ato em sentido estrito, a partir do descumprimento da imposição legal do dever de edificar

Ao prever acerca da “propriedade urbana”, o legislador constitucional expressa a relevância do instituto, traçando uma política específica de desenvolvimento, compreendendo o direito de forma sistemática.

Nos dizeres de Caio Mário (2009), a política urbana representa a busca pela ordem e a implementação da função social nas cidades, de forma a garantir à população o bem-estar e o atendimento das demandas fundamentais.

O artigo 182 da CRFB/88 elege como critério para o atendimento da função social da propriedade imobiliária urbana o conjunto de exigências previstas no plano diretor. Contudo, a complexidade que a realidade urbana oferece impõe à política urbana não só zelar pelo cumprimento integral dos ditamos previstos no plano, mas fomentar outras necessidades extraídas a partir da realidade concreta de cada cidade.

Destaca Francisco Eduardo Loureiro (2003) que esta mesma função não se pode esgotar com o simples atendimento do que se encontra previsto no plano, através de um juízo de subsunção. Se assim fosse, as cidades que não contam com plano diretor, como aquelas com menos de 20.000 habitantes, não poderiam atingir este objetivo. A correta leitura do dispositivo constitucional corresponde à vinculação da função social à busca por uma cidade adequada para a convivência das pessoas, onde a propriedade imobiliária encontra-se sujeita à sua funcionalização, através de regras limitadoras, legais e administrativas.

De qualquer forma, o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01, referenciado em tópicos anteriores, prevê como instituto jurídico e político, a edificação, utilização e parcelamento compulsório do imóvel urbano, nos termos do artigo 4º, inciso V, alínea “i”, e instrumento para o uso adequado dos espaços urbanos.

Como a própria terminologia indica, trata-se de um dispositivo que impõe a utilização do imóvel quando o mesmo se encontrar não edificado, inutilizado ou não

parcelado. Trata-se de um comportamento positivo do proprietário, ou seja, uma obrigação de fazer direcionada ao titular de um direito subjetivo (LOUREIRO, 2003).

Mas também pode ser compreendida como norma de caráter restritiva, responsável por limitar a atuação do proprietário ou possuidor, que dentre as possibilidades de exploração do seu bem imóvel, estará impedido de optar pela inação, buscando exclusivamente o fim especulativo.

Justifica-se a interferência na esfera privada do proprietário ou possuidor em prestígio ao interesse coletivo, que deverá preponderar sobre a vontade individual, correspondente à ocupação adequada e proporcional dos espaços urbanos.

A imposição deste dever àquele que ocupa um espaço dentro da cidade representa mecanismo de ordenamento, aplicado em favor de todos que comungam o mesmo ambiente urbano. Ou seja, não obstante está-se diante de uma limitação à liberdade de atuar sobre o próprio patrimônio, os benefícios com a referida medida serão colhidos por toda coletividade.

Não há, no ordenamento, imposição expressamente direcionada ao proprietário ou possuidor para que construa no interior de seu imóvel, mas a CR/88 e o Estatuto da Cidade preveem a aplicação de sanção àquele que deixa de aproveitar adequadamente o imóvel urbano.

Constata-se, portanto, que a ilicitude da conduta não advém de norma que declare a sua proibição, mas daquela que autoriza a aplicação de sanção, por parte da administração pública, quando ela se efetivar.

O artigo 5º da Lei 10.257/2001, o estatuto da cidade, autoriza a legislação municipal a determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do imóvel urbano que não esteja devidamente edificado. E os artigos seguintes preveem a aplicação da alíquota progressiva para o imposto predial, territorial urbano (IPTU), e a desapropriação-sanção, respectivamente, como medidas sancionatórias para hipótese do descumprimento da obrigação anteriormente imposta.

Para compreensão dos dispositivos, considera-se imóvel não edificado aquele que não tenha qualquer tipo de construção, também conhecido como “terreno baldio”. Subutilizado, aquele sobre o qual, apesar de existir construção, não atinge o índice mínimo exigido.

Como ensina Vera Scarpinella Bueno, a concretização desta dinâmica legislativa exige a conjugação das legislações, partindo da CRFB/88, passando pela legislação federal, até a lei municipal, seguindo o critério de especificidade:

Especificar, por meio da delimitação da área atingida, as propriedades sujeitas à sanção. Também é ela que definirá, no caso de o plano diretor não o ter feito, os parâmetros para aferição da adequada utilização da propriedade, estabelecendo a obrigação a que o proprietário descumpridor dos ditames legais está sujeito. Cabe, portanto, às várias leis específicas que serão editadas no tempo a concretização do plano diante de uma dada realidade fruto da dinâmica das cidades. São elas que devem 'fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação', observados os parâmetros determinados pelo Estatuto da Cidade (BUENO, 2003, p. 35).

Portanto, fica evidenciado que a conduta do proprietário ou possuidor do imóvel urbano que consista em relegar o seu bem para fim meramente especulativo, deixando de providenciar qualquer edificação no seu interior, quando haja lei municipal que defina a forma de aproveitamento mínimo, é considerada ilícita, por representar uma omissão que contraria o ordenamento jurídico do país.

Tal conduta é potencialmente lesiva, quando analisados os efeitos por ela produzidos e, ao mesmo tempo, suportados pelas pessoas que ocupam os imóveis localizados aos arredores. Portanto, os vizinhos do imóvel não edificado poderão ser vítimas de danos provocados pelo descumprimento do dever de edificar.

Por esta razão, em tese, uma vez estabelecido o nexos causal entre esta conduta desidiosa e a efetivação de um dano, poderia estar-se diante de um ato ilícito. Porém, atendendo a opção conceitual do legislador, não obstante ser comum o ato ilícito representar conduta que contraria o ordenamento jurídico, para composição dos demais requisitos dependerá da amplitude que poderá ser conferida ao termo.

Em sentido estrito, o ato ilícito representa aquele praticado em desconformidade com o direito, de forma voluntária ou, no mínimo, negligente ou imprudente, responsável pela ocorrência de um dano. Trata-se do conceito disposto no artigo 186 do Código Civil, que difere das demais dimensões de ato ilícito por exigir a comprovação de dolo ou culpa para sua efetivação. É o que tradicionalmente se exige para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, resultado da aplicação conjunta do artigo 186 e 927 do Código Civil, gerando ao autor da conduta o dever de indenizar.

Por todos os requisitos apontados, necessário indagar: há possibilidade da conduta caracterizada como inutilização ou subutilização do imóvel urbano, decorrente do descumprimento do dever de edificar suficientemente, ser considerada ato ilícito em sentido estrito?

A obrigação de construir representa uma determinação imposta ao titular de um direito, que, em primeiro momento, teria a faculdade de discernir acerca da melhor forma de utilizar o seu próprio bem. Sendo assim, fica evidente que se está tratando de uma limitação à atuação daquele que detém o imóvel urbano, seja ele proprietário e/ou possuidor.

Admitir a incidência de um dever na seara privada do titular de um direito individual, como aquele relativo ao seu imóvel, torna-se viável em razão da necessária inclusão da função social na própria formação conceitual da posse e propriedade.

A existência da voluntariedade ou da culpa do agente está estritamente ligada à intenção do proprietário ou possuidor quando deixa de edificar no imóvel. Trata-se do objetivo buscado pelo titular do direito, que visa à valorização do bem à custa, sobretudo, do investimento público.

Portanto, há responsabilidade civil a partir da conduta praticada pelo proprietário ou possuidor que, voluntariamente deixa de edificar no seu imóvel, em zona urbana previamente identificada por lei municipal, e com isso causa prejuízo ao vizinho impactado.

O proprietário ou possuidor do imóvel urbano, no uso inadequado e insuficiente do bem, poderá causar dano a terceiro, agindo com culpa, tanto no sentido amplo (ato voluntário ou desejado pelo agente), quanto no restrito (ato praticado sem a intenção de causar dano, porém revestido de negligência ou imprudência).

A prática especulativa, na maioria das situações, representa conduta deliberada do proprietário, normalmente intencionado já no momento da aquisição do bem. Trata-se de uma opção de investimento, em que o investidor/proprietário opta por adquirir um imóvel por um valor, e a partir do investimento da coletividade, através da construção de infraestrutura com dinheiro público, ele busca o seu retorno, obtendo a valorização do seu patrimônio.

Neste caso, que representa a maioria das situações, a intenção não é de causar dano ao vizinho impactado ou à coletividade, mas de aferir lucro. Ocorre que

ao executar a conduta, o autor é consciente de que pode causar prejuízo a terceiro, e mesmo assim, não hesita em cometê-la.

Dessa forma, a conduta caracterizada pela inutilização ou subutilização do imóvel urbano, decorrente do descumprimento do dever de edificar, pode ser considerada ato ilícito, em seu sentido estrito, por representar uma omissão contrária ao direito (ordenamento jurídico), apta a causar dano, e praticada de forma voluntária, quando voltada ao fim especulativo.

6.2.4 A Ilícitude do Ato por Abuso de Direito, a partir do descumprimento da imposição legal do dever de edificar

Além da possibilidade de configuração do ato ilícito sem culpa, outra figura se apresenta como uma das responsáveis pela consolidação da tutela dos interesses coletivos no âmbito, não só da responsabilidade civil, mas de todo direito privado: a ilicitude decorrente do abuso de direito.

Como já especificado acerca do tema, através da previsão expressa no artigo 187 do Código Civil brasileiro, no ato praticado com abuso de direito, o autor inicia sua conduta exercendo o direito do qual é titular, mas durante a execução do seu ato, ultrapassa os limites impostos pela boa-fé, bons costumes, fim econômico e, principalmente, fim social.

O legislador evidencia que o ato praticado com abuso de direito é ilícito, e não simplesmente conduta comparada àquela prevista no artigo 186 do Código Civil. Por esta razão, quando o mesmo legislador, no artigo 927 prevê o dever de indenizar àquele que pratica ato ilícito, assim o faz para condutas tipificadas nos artigos 186 e 187.

Deve ser lembrado que, mesmo se tratando de ato ilícito praticado com abuso de direito, para o surgimento do dever de indenizar, é imprescindível comprovar que esta mesma conduta provocou um dano suportado por outrem.

Diferente da análise que é feita para diferenciar a modalidade de responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva, para discernir entre ilicitude nos termos do artigo 186 e artigo 187 do Código Civil, a abordagem que se faz incide sobre a contrariedade da conduta frente ao ordenamento.

Enquanto para responsabilidade civil objetiva e subjetiva, ato ilícito é aquele que se efetiva contrariando o direito, para o ato praticado com abuso de direito não

há necessidade de demonstrar que a conduta do agente fere o ordenamento jurídico, mas que a ação ou omissão tenha extrapolado os limites impostos pelo artigo 187 do Código Civil.

Claramente aportado no ordenamento brasileiro como herança do Código Civil português², o dispositivo retrata os atributos fundamentais do direito subjetivo da pessoa (fim econômico, social, boa-fé e bons costumes), convertendo em ilícito o ato do titular desse direito que excede os limites do seu exercício com ofensa desses atributos ou princípios.

Apesar da lógica, importante destacar que, para a caracterização do abuso de direito, se faz necessária, no mínimo, a existência do próprio direito, não obstante o seu titular exceda os poderes que integram.

A propriedade é um direito conceituado a partir da identificação de seus poderes: usar, gozar, dispor e reaver. Além disso, tem na função social sua finalidade. Com isso, comete ato ilícito, por abuso de direito, o proprietário que excede seus poderes e, concomitantemente, se afasta de sua finalidade social.

Destaca-se que, até então, não há que se falar em responsabilidade civil ou dever de indenizar, não obstante já caracterize prática contrária ao pleno desenvolvimento da cidade, sendo suficiente para o alcance da fiscalização oriunda do poder de polícia administrativa.

Porém, a partir do momento que este abuso seja o causador de um dano, o proprietário é alcançado pela responsabilidade civil, e por consequência, surge o dever de indenizar àquele que foi obrigado a suportar o prejuízo.

A função social como finalidade a ser buscada pelo proprietário no exercício do seu direito, decorre de exigência constitucional, art. 5º. XXIII, CRFB/88. Quando este direito é exercido sobre imóvel localizado em ambiente urbano, deve ser considerado o art. 182, par. 2º, do mesmo diploma, que estabelece conduta que, por si só, caracteriza o descumprimento, por parte do proprietário, da função social.

A função social, como um dos atributos elencados no art. 187 do Código Civil, representa a finalidade para a qual o ordenamento jurídico criou a regra que assegura o direito subjetivo, devendo, o relacionamento individual, regulado pelo direito privado, estar informado de um fim social.

²Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.

Pode-se concluir, portanto, que a externalização voluntária, por parte do proprietário de imóvel urbano, de alguns dos poderes inerentes ao seu direito, e que resulte no descumprimento de exigência fundamental de ordenação da cidade, prevista de forma sistemática no ordenamento, caracteriza descumprimento da função social.

A especulação imobiliária pode ser caracterizada como uma forma de externar um dos poderes inerentes da propriedade, qual seja, o direito de usar e gozar da coisa. O seu titular obtém determinado proveito, a partir da valorização de seu imóvel, decorrente de transformações, voluntárias ou não, no mercado imobiliário daquela região.

Ocorre que o índice mínimo de utilização de determinado imóvel urbano, a depender do local onde se encontra, pode estar definido pelo plano diretor e outras leis municipais específicas.

Sendo assim, a má-utilização de um imóvel urbano, por contrariar imposição disposta na legislação, caracteriza ato ilícito, por abuso de direito, tendo ultrapassado os limites impostos pela função social da propriedade.

O dever de edificar, tratado em tópico anterior, decorre de imposição prevista de forma sistemática pelo ordenamento jurídico, partindo da CR/88, até a lei municipal que especifica o local e o respectivo padrão mínimo de ocupação. É consequência da própria estrutura conceitual do direito de propriedade, que inclui a função social como elemento de sua formação.

Cumprida a função social o proprietário ou possuidor que faz uso adequadamente do seu imóvel urbano, atendendo, simultaneamente os interesses individuais e coletivos. Quem não edifica em área urbana, quando a legislação determina, exerce o seu direito se desviando da finalidade social.

O fim social está expressamente previsto no artigo 187 do Código Civil brasileiro como sendo elemento obrigatoriamente perseguido quando do exercício de um direito individual. O ato que se efetiva com desvio desta finalidade, como no caso da ausência de edificação no imóvel urbano nas hipóteses obrigatórias, por representar o exercício do direito de propriedade ou posse sem atender a sua finalidade social, é ato ilícito.

Portanto, mesmo na hipótese de se entender que a conduta em questão (não edificar em imóvel urbano) não atinge sua ilicitude por deixar de contrariar, expressamente, o ordenamento jurídico, existirá a possibilidade de incidência da

responsabilidade civil, já que a mesma conduta pode ser considerada ilícita, também, por representar o exercício do direito de propriedade ou posse sem atender a finalidade social.

O enquadramento da conduta como ato ilícito em sentido estrito, ou por abuso de direito, representa importante etapa na formação da responsabilidade civil, já que, para o surgimento do dever de indenizar, exige-se: para o primeiro, a conduta contrária ao ordenamento, a voluntariedade ou culpa e o dano; para o segundo, o direito exercido de forma divorciada de uma das finalidades apontadas no dispositivo (art. 187, Código Civil brasileiro) e o dano.

Neste caso, para ser considerado um ato ilícito por abuso de direito, basta comprovar que a omissão quanto ao dever de edificar no imóvel representou o exercício de um direito legítimo, mas sem atender a finalidade social, além da ocorrência de um dano.

Predomina no direito brasileiro, a teoria finalista ou objetiva quanto à apuração da responsabilidade civil quando o objeto se tratar de ato ilícito praticado por abuso de direito. Isso significa, que não há necessidade de se examinar a vontade do agente de ter praticado a ação ou omissão contrária à finalidade do respectivo direito.

Tem-se, dessa forma, a responsabilidade civil concretizada a partir da prática abusiva do proprietário ou possuidor, que se aparta da função social do direito ao deixar de utilizar o imóvel urbano de forma adequada e suficiente, com o objetivo especulativo, causando impactos danosos aos vizinhos, independentemente da sua culpabilidade.

6.3 O Dano

6.3.1 O Dano decorrente da Utilização Insuficiente do Imóvel Urbano: descumprimento da função social da propriedade

Não obstante a imprescindibilidade do ato ilícito para impor o dever de indenizar (sentido estrito), impossível admitir responsabilidade civil sem a demonstração de um dano.

A conduta considerada neste trabalho e classificada como ato ilícito, conforme previsão dos artigos 186 e 187, refere-se ao uso insuficiente do imóvel urbano, quando o seu proprietário ou possuidor opta por não promover qualquer tipo de edificação no seu interior, mas a legislação municipal determina índices mínimos de ocupação, perseguindo a finalidade exclusivamente especulativa.

A nocividade desta conduta exige resposta não só da administração pública responsável pelo devido ordenamento urbano, mas autoriza uma reação proporcional por parte dos vizinhos que sofrem danos decorrentes deste ato ilícito, utilizando-se do Poder Judiciário e pleiteando a respectiva medida judicial.

O dano é a ofensa a um bem jurídico (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar), do que resulta o direito a uma reparação em pecúnia sempre que decorrente da conduta. A lesão de um bem jurídico de titularidade individual caracteriza o dano comum, enquanto a lesão de um bem jurídico de titularidade coletiva caracteriza o dano difuso ou coletivo.

Para conceituar o dano, deve-se voltar para a sua causa, e não abordar as consequências oriundas da sua efetivação. Portanto, o dano não é prejuízo, mas a lesão ao direito tutelado.

Sérgio Cavalieri conceitua dano como sendo:

A lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93).

Portanto, para o ato ilícito tratado neste trabalho, o dano pode ser considerado a lesão a um bem jurídico de natureza patrimonial, ou integrante da personalidade do vizinho, relacionada à sua honra, liberdade, incolumidade, segurança, saúde, etc.

Como consequência do dano, tem-se o prejuízo suportado pelo vizinho, com repercussão no campo patrimonial, como na hipótese de depreciação do valor de seu imóvel, ou até mesmo na seara psicológica, como no caso de convivência com

ameaça constante gerada pelo sentimento de insegurança ocasionado por áreas vizinhas inabitadas dominadas pela vegetação densa. A identificação do prejuízo servirá para aferir a extensão do dano, com influência direta na medida indenizatória.

O dano é o elemento essencial para responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas ou de inadimplemento contratual. Sendo assim, não há como advogar a ideia de se responsabilizar civilmente o proprietário de um imóvel urbano, que, ao fazer uso de sua propriedade afasta da finalidade social, descumprindo determinação imposta no plano diretor urbanístico da respectiva cidade, se não ficar demonstrada a existência de uma lesão a um direito juridicamente tutelado.

Nos dizeres de Rui Stoco (2014), sem dano não há indenização, pois, independentemente da sua forma de manifestação, sempre será considerado um pressuposto para a imposição do dever de indenizar.

Considerando inúmeras as limitações e imposições atribuídas ao proprietário de imóvel urbano previstas no plano diretor, várias são as possibilidades de atos ilícitos, cada qual com determinado potencial danoso.

A lesão pode incidir sobre bem jurídico de natureza material ou moral: o primeiro pode se exteriorizar por meio de danos emergentes (aquilo que realmente se perdeu) ou de lucros cessantes (aquilo que se deixou de ganhar) e o segundo através de ofensa à pessoa, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica.

Proporcional ao dano se encontra a reparação. São elementos distintos, ambos integrantes da responsabilidade civil. O primeiro está vinculado ao fato lesivo, ao ato ilícito, à violação de dever jurídico e à respectiva lesão causada a bem ou interesse da vítima juridicamente tutelado. O segundo, à quantificação do dano e está vinculado à sua efetiva reparação.

Serpa Lopes, sobre a composição do dano e sua quantificação, dispõe:

Reparação do dano e liquidação do dano são dois termos que se completam. Na reparação do dano, procura-se exatamente saber qual foi a sua extensão e a sua proporção; na liquidação, busca-se fixar concretamente o montante dos elementos apurados naquela primeira fase; a primeira é o objeto da ação; a segunda, da execução, de modo que esta permanece submetida à primeira, pelo princípio da *res judicata*. (SERPA LOPES, 2001, p. 396).

Aferir a extensão do dano, na hipótese de ato ilícito aqui retratado, é conduta posterior à sua identificação, porém é indispensável ao alcance da responsabilidade civil. O ônus da vítima é o de demonstrar a existência do seu prejuízo (dano), e não a sua extensão.

A identificação do *quantum* cabe à fase de liquidação, o que não impossibilita a vítima de realizar esta quantificação antes de promover a demanda pleiteando a indenização.

Nesse sentido, destaca Caio Mário da Silva Pereira:

Como requisito do dever de reparação, no seu conceito não se insere o elemento quantitativo. Está sujeito a indenizar aquele que causa prejuízo em termos matematicamente reduzidos, da mesma forma aquele outro que cause dano de elevadas proporções. É o que resulta dos princípios, e que é amparado na jurisprudência, nossa e alheia. A importância quantitativa do dano, de resto, é muito relativa. Cifra que para um indivíduo de elevada resistência econômica tem significação mínima, para outro, de minguados recursos, representa valor ponderável. O que orientará a justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária. Na ação de perdas e danos, a vítima procede para evitar prejuízo e não para obter vantagem (*de damnovitando, non de lucro capiendo*). (PEREIRA, 1998, p. 40).

No pleito indenizatório, a vítima, que se torna autor, não poderá se limitar a demonstrar o potencial danoso do ato ilícito, ou mesmo, a sua nocividade, mas deverá comprovar a efetiva ocorrência de um dano, evidenciado pela realidade que foi obrigada a experimentar, bem como as consequências suportadas a partir do dano. Nesse aspecto, difere a atuação estatal daquela proveniente da iniciativa individual dos vizinhos impactados.

Para que a fiscalização urbana aplique as sanções previstas no ordenamento bastaria a evidência de que o proprietário ou possuidor de um imóvel urbano está descumprindo a função social, deixando de parcelá-lo ou edificá-lo quando deveriam, nos termos do plano diretor do respectivo Município. Por outro lado, para o vizinho, tal constatação não é suficiente a embasar o seu pleito indenizatório, ou até mesmo outra medida que tenha como objetivo fazer cessar a conduta desidiosa. Nesse caso, deverá se incumbir de demonstrar a efetiva ocorrência de um prejuízo em face da conduta.

Com os argumentos devidamente estabelecidos, até o momento, está evidenciado que o descumprimento da função social da propriedade imobiliária

urbana detém potencial lesivo, pode alcançar indivíduos e coletividade e atingir bem jurídico de natureza patrimonial e/ou pessoal.

6.3.2 Sujeito Passivo: o vizinho impactado

Identificar o sujeito atingido pelo abuso do direito de propriedade exercido sobre imóvel urbano (ato ilícito), implica delimitar o legítimo a pleitear a respectiva reparação.

É o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado, seja no plano civil ou penal, compreendendo pessoa humana ou pessoa jurídica.

No plano da responsabilidade civil não há dano sem que haja um antecedente lógico, ou seja, alguém que tenha suportado esse dano, podendo ser a vítima individualizada, uma coletividade, um grupo indeterminado de pessoas, representativa de uma sociedade organizada para a exploração de qualquer atividade.

Dos sujeitos elencados, todos poderão ser vítimas de dano oriundo do exercício irresponsável e antissocial de um proprietário de imóvel urbano e, para visualizar tal alcance, impõe analisar uma restrição imposta por alguns planos diretores, atendendo previsão normativa (Lei 10.257/01 e CRFB/88), voltada à utilização compulsória do imóvel.

Praticamente todos os planos diretores de Municípios brasileiros adotam uma ordem de restrição ao não aproveitamento adequado dos imóveis urbanos, fazendo incidir sobre os bens que se encontram nesta situação a utilização compulsória (parcelamento ou edificação) em prazo limitado, sob pena de incidir alíquotas progressivas de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e, ainda, autoriza o poder público municipal a promover desapropriação, mediante indenização por títulos da dívida pública.

Com isso, demonstra o legislador municipal estar alinhado com Estatuto da Cidade e Constituição da República, promovendo medidas que coajam os proprietários a utilizarem de forma adequada e socialmente proveitosa o seu imóvel.

A manutenção de conduta voltada à má-utilização deste bem demonstra afastamento de sua função social, caracterizando ato ilícito em sentido estrito, e por

abuso de direito. Na hipótese deste ato causar dano (material ou moral), individual ou coletivo, há que se falar em responsabilidade civil deste proprietário, impondo dever de indenizar e reparar o prejuízo suportado pelas vítimas de seu ato.

Analisando situações do cotidiano de quem habita o ambiente urbano, visualizam-se fatos concretos a partir dos quais poderia resultar em dano e, por consequência, dever de indenizar.

A existência do chamado “lote baldio”, ou seja, o imóvel localizado em determinada região de uma cidade sem qualquer construção ou benfeitoria, apenas a vegetação, às vezes densa pela ausência de cuidado do proprietário, com acúmulo de lixo e, até mesmo, contribuindo para disseminação de animais, pode ser o causador de prejuízo suportado pelo vizinho ou outro morador da mesma região.

Deste exemplo, tal prejuízo poderia estar relacionado à saúde dos moradores vizinhos, em razão do lixo depositado, disseminação de moscas ou de animais doentes; ou, ainda, relacionado à segurança pública, já que estes mesmos locais poderiam servir para encobrir a prática de crimes.

A partir da instalação de uma fábrica próxima à região da cidade destinada a residências, poder-se-ia extrair uma situação de prejuízo suportado por um morador vizinho à mencionada indústria, que tem que conviver, junto com sua família, com o mau cheiro exalado da fumaça produzida pela fábrica. Até mesma a saúde, em determinado caso, poderá ser atingida.

Necessário mencionar que alguns planos diretores reservam áreas específicas para moradia, e outras para a instalação de comércio varejista ou atacadista e área para indústrias, etc. O não atendimento destas regras de ocupação, além de representar o uso anormal da propriedade, implica desrespeito ao plano diretor, portanto, descumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana.

Outro prejuízo, que poderá ser suportado individualmente, ou até mesmo coletivamente, se efetiva a partir do não parcelamento de áreas urbanas em algumas cidades. Tal prática faz surgir verdadeiras ilhas de imóveis abandonados, servindo ao interesse meramente especulativo e fomentando a ocupação desordenada. Em alguns casos, tais práticas originam aumento irreal do metro quadrado dos imóveis disponíveis para ocupação, além de antecipar a formação de periferias habitacionais, expulsando os moradores das áreas onde se fazem presentes os serviços públicos e o mercado de trabalho.

Uma vez evidenciada a ilicitude da conduta daquele que deixa de respeitar a função social da propriedade imobiliária urbana, por descumprir, concretamente, preceito legal previsto no ordenamento jurídico, resta identificar, com precisão, os possíveis impactados.

Na relação de vizinha, como já esclarecido, existe a possibilidade do proprietário ou possuidor do imóvel sofrer prejuízo concreto a partir da conduta efetivada pelo seu vizinho. Por outro lado, antes de se adentrar acerca da existência de algum direito indenizatório em favor do prejudicado, deve-se perquirir acerca da forma de utilização do imóvel vizinho.

Como cláusula geral para o direito de vizinhança, como relatado, tem-se no Código Civil brasileiro o artigo 1.277, que classifica como uso anormal da propriedade aquele que ocasiona interferências no imóvel vizinho capazes de prejudicar a segurança, o sossego ou a saúde daqueles que o habitam. (BRASIL, 2002).

Inúmeras interferências em imóveis vizinhos podem ser causadas pela não utilização ou subutilização da propriedade alheia, como evidenciam os exemplos já apresentados. Porém, à luz deste mesmo Código, para que seja suficiente a repercutir no direito de vizinhança e, com isso, caracterizar-se ato ilícito (contrário ao ordenamento), necessário que este prejuízo ofenda alguns dos interesses especificados naquele dispositivo.

Os artigos que integram os direitos de vizinhança quanto ao uso anormal da propriedade retratam direitos e deveres advindos deste tipo de relação e atribuem sempre aos “vizinhos” a legitimidade para buscar a efetivação de alguma ação reparatória em desfavor do possuidor ou proprietário responsável pela interferência gerada pelo uso do imóvel.

Neste trabalho considera-se como uso anormal da propriedade capaz de gerar interferência no imóvel vizinho aquele que se dá pelo descumprimento da função social da propriedade, causada pela inutilização ou utilização insuficiente do imóvel urbano. Em se tratando de hipótese prevista no artigo 1.277, igualmente, os vizinhos impactados deverão ser considerados legítimos a exigirem as respectivas indenizações.

Nos termos do direito de vizinhança, o dano será direcionado àquele que suportou a interferência gerada pelo uso anormal da propriedade. Nesse sentido, uma vez identificado o prejuízo, seja ele moral ou material, sendo ele suportado por

um ou vários vizinhos, estes serão considerados impactados e serão legítimos a pleitear a respectiva indenização, nos termos do artigo 927 do Código Civil.

6.3.3 Sujeito Passivo: a coletividade

Várias cidades brasileiras convivem, simultaneamente, de um lado com déficit habitacional, bairros distantes, periferias sem estrutura urbana, e de outro, com vazios urbanos centrais e a subutilização de imóveis localizados em áreas centrais. Trata-se de um contrassenso urbanístico, mas de fácil compreensão: os imóveis centrais estão sendo utilizados para fim meramente especulativo, e o custo médio do metro quadrado das áreas mais bem localizadas está cada vez mais alto.

Inicialmente, necessário esclarecer que área central tratada neste trabalho não se refere, necessariamente, ao espaço geográfico, ou seja, não representa o ponto equidistante da cidade, mas as localidades que são dotadas de melhor infraestrutura, considerando os serviços públicos de saúde, educação, transporte e lazer, bem como o melhor acesso ao mercado de trabalho, na área de comércio, serviços entre outros.

De fato, há que se reconhecer que tal prática, mesmo sendo inerente aos poderes decorrentes do direito de propriedade (usar, gozar, dispor e reaver), simplesmente ignora o interesse social.

A cidade não se desenvolve de forma adequada; as pessoas são forçadas a permanecer à margem das benesses urbanas, e o custo administrativo da cidade, bancado pela população, torna-se cada vez mais oneroso.

Nesse contexto, mais do que os vizinhos ou simplesmente o contingente urbano habitacional, a própria cidade pode ser considerada impactada pela prática abusiva do proprietário imobiliário, sofrendo prejuízos de diversa natureza, como a título exemplificativo, na saúde, segurança, mobilidade e infraestrutura.

Trata-se do dano que deverá ser suportado, para que se justifique a exigência de algum pleito ressarcitório. Seu conceito está relacionado à lesão ao bem jurídico, e por isso, não poderá ser confundido com o simples prejuízo. O resultado do dano repercutirá no aspecto indenizatório.

Não obstante a nocividade que a conduta desidiosa do proprietário ou possuidor representa às cidades, para que haja alguma possibilidade de coibir práticas danosas e ressarcir eventuais prejuízos, deve-se demonstrar a existência de interesse jurídico efetivamente violado. Ocorre que na hipótese em questão, está-se diante de uma coletividade, e não mais de um vizinho impactado.

A tutela de interesse coletivo é uma realidade, consolidada pela CR/88, e implementada por legislações esparsas de significativa importância, na área consumerista, ambiental, histórico, entre outros. Além dos aspectos procedimentais, difere da tutela individual quanto à legitimidade.

Algumas entidades, como o Ministério Público e Defensoria Pública, exercem a preponderante incumbência de zelar pelos interesses coletivos e, para isso, são legítimos a pleitearem, por medida judicial definida como Ação Civil Pública, o atendimento de direitos e interesses pertencentes à coletividade.

Com a edição da Medida Provisória 2.180-35 de 2001, alterando a Lei 7.347/85 (lei da ação civil pública), a ordem urbanística foi elevada ao patamar de interesse coletivo ou difuso. A partir de então, passou a ser possível a propositura de demanda coletiva visando o ressarcimento dos prejuízos causados pela lesão ao bem jurídico chamado ordem urbanística, sejam eles de natureza patrimonial ou moral. (BRASIL, 2001).

O adequado ordenamento urbano é uma das condições para o bem-estar social. Por outro lado, como já especificado, a ocupação desordenada e o aproveitamento inadequado dos espaços urbanos, causam transtornos generalizados.

Luciano de Faria Brasil, em trabalho publicado no ano de 2011, destaca a importância da inclusão da ordem urbanística no rol dos interesses difusos e coletivos, objeto de tutela por Ação Civil Pública:

O reconhecimento expresso de que o ambiente urbano é um campo privilegiado de formação de interesses difusos e coletivos é um dos fatos mais importantes no recente desenvolvimento do sistema de tutela dos direitos e interesses transindividuais. Ainda que tardiamente, as questões urbanas receberam a devida atenção do legislador e entraram no horizonte da tutela processual coletiva, sendo posicionadas junto a outros bens jurídicos de especial importância para a sociedade. (BRASIL, 2011, p. 158).

Não cumprir critérios legais para ocupação do solo urbano, deixando de atender índices mínimos para edificação e parcelamento do imóvel localizado em

determinada localidade da cidade, representa uma forma de ofender a ordem urbanística.

Medidas administrativas são previstas para coibir estas condutas, já especificadas quando se tratou acerca dos mecanismos previstos no Estatuto da Cidade. Porém, em nenhuma delas, há previsão para a busca de ressarcimento por prejuízos causados à coletividade. Dessa forma, torna-se ainda mais relevante a tutela da ordem urbanística junto à lei de ação civil pública, viabilizando a busca por responsabilidades.

6.3.4 A liquidação dos prejuízos suportados pelo vizinho: o dano emergente e o lucro cessante

Dano é a ofensa ao bem jurídico tutelado, violando interesse de outrem. Não deve ser confundido com o prejuízo suportado pela vítima, como lembrado em tópico anterior. Os efeitos danosos resultantes da conduta ilícita do agente representam importante fator para aferição do valor indenizatório.

O Código Civil brasileiro, no artigo 944, consagra a regra da restituição integral, lembrado por Rodolpho Barreto Sampaio Júnior (2009, p. 228) como “Princípio do Pleno Ressarcimento”. Por esse princípio, busca-se, na medida do possível, o retorno ao estado original, ou seja, restituir a vítima à condição patrimonial evidenciada antes de ter suportado o dano.

Esta abordagem se limita à aplicação da responsabilidade por ofensa ao patrimônio da vítima, não compreendendo a lesão psicológica ou moral. Diz respeito à diminuição material, prejuízo econômico advindo de uma perda já efetivada ou projetada para ocorrer no futuro.

Não obstante parte do judiciário brasileiro admitir a função punitiva da responsabilidade civil, permitindo a utilização da indenização para satisfação social, sobrepondo-se ao interesse da parte prejudicada de ser apenas ressarcida do seu prejuízo, não há como negar a opção do legislador pela função ressarcitória.

Por esta razão, dentre as possibilidades de perda patrimonial, têm-se os chamados danos emergentes e lucros cessantes, como aqueles capazes de se aproximarem ao objetivo mor da responsabilidade civil brasileira: a volta ao *status quo ante*.

O já lembrado autor, afirma:

Tradicionalmente, o instituto da responsabilidade civil, ao menos nos países da família jurídica romano-germânica, tem por objetivo propiciar à vítima o ressarcimento por todos os prejuízos por ela indevidamente sofridos.

[...]

Nada além do retorno ao statu quo ante. Talvez esta seja a melhor definição do princípio do pleno ressarcimento, porquanto consiste, tal princípio, na integral reparação do dano que foi indevidamente infligido à vítima. o que se pretende é o ressarcimento por todos os danos causados, sejam estes morais ou materiais, passados, presentes ou futuros. (SAMPAIO JUNIOR, 2009, p. 227-228).

Admitida a extensão do prejuízo como critério de medida da indenização, tem-se como afastada, em tese, a possibilidade da aplicação em face do grau de culpabilidade do agente, salvo a hipótese de culpa concorrente, como prevista no artigo 945 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002). O critério de justiça eleito pelo legislador foi de buscar a reparação do dano através da reconstituição do bem jurídico lesionado.

Efetivados os requisitos previstos para concretização da responsabilidade civil, a medida indenizatória integra fase distinta, denominada liquidação das perdas e danos pela qual tem-se o valor exato que deverá ser suportado pelo autor da conduta ilícita e direcionada a vítima a título de reparação.

Durante este juízo posterior, será buscada a igualdade da estrutura patrimonial da vítima antes de ter suportada a lesão. Voltado a este objetivo, a liquidação se desenvolverá pela apuração dos danos emergentes e dos lucros cessantes.

O Código Civil brasileiro, junto ao artigo 402, estabelece que as perdas e danos são o resultado do que a vítima realmente perdeu, bem como o que ela razoavelmente deixou de ganhar, em função da conduta lesiva praticada pelo autor (BRASIL, 2002).

A partir do referido dispositivo, têm-se os danos emergentes como sendo o que a vítima efetivamente perdeu (passado); enquanto os lucros cessantes são o que a vítima deixará de ganhar (futuro).

Para apurar o montante correspondente aos danos emergentes, considerando o conceito legal, bastaria a comparação entre o conjunto patrimonial da vítima antes e depois do evento lesivo; a diferença corresponderia ao efetivo prejuízo patrimonial já suportado.

A superação dessa dificuldade deve seguir o direcionamento do Princípio da Reparação Integral, analisando-se, à época do dano emergente (base fática), quais os fatos a acontecer de probabilidade razoável que aumentarão o prejuízo da vítima. A razoabilidade do que se deixou de ganhar é, justamente, o núcleo dos lucros cessantes. Mais, que isso, é um dever-ser, traduzindo-se em princípio norteador para aferimento dos lucros cessantes. A reparação integral dos danos patrimoniais, no caso de indenização se estender a danos futuros, que ainda não ocorreram, é também medida (ou limitada) pelo princípio da razoabilidade.

[...]

Trata-se, assim, de se avaliar qual o exato dano causado ao bem para, posteriormente, restituí-lo na exata extensão desse dano e de nenhum outro que seja consequência de outro fato, obedecendo-se não apenas ao Princípio da Reparação Integral, mas também ao princípio da vedação do enriquecimento sem causa. (GAMA, 2009, p. 277).

Partindo da aplicabilidade dos princípios do pleno ressarcimento ou da reparação integral, devem-se apurar os danos emergentes e os lucros cessantes na relação de vizinhança, tendo o proprietário ou possuidor praticado o ato ilícito consistente no uso insuficiente do imóvel urbano, ao descumprir a função social da propriedade e causar interferências danosas ao vizinho impactado.

Para tanto, deve-se recordar que, para as relações de vizinhança, uso anormal da propriedade consiste na forma de utilização que interfira no imóvel vizinho, causando transtornos relacionados à saúde, segurança ou sossego daqueles que o habitam.

Esta situação, por si só, autoriza o vizinho prejudicado a exigir a paralisação imediata das interferências. Ocorre que, na hipótese de a utilização anormal representar, também, ato ilícito, além do direito expresso no dispositivo, ainda resta a possibilidade de se pleitear a reparação pelos danos causados.

Uma vez demonstrada a ilicitude da conduta, que consiste no uso insuficiente do imóvel urbano, pelo descumprimento do dever de edificar ou de parcelar a respectiva área, além do pedido de cessação daquela conduta, ainda resta ao vizinho prejudicado o direito de pleitear a correspondente indenização pelos prejuízos suportados.

Na apuração das perdas suportadas pela vítima, correspondem aos danos emergentes aquelas que representam o prejuízo já incorporado pelo vizinho.

Como exemplo, em tese, podem ser destacadas situações como: as despesas realizadas para dedetização da casa ou estabelecimento comercial; os gastos realizados para instalação de instrumentos de proteção além do padrão normalmente exigido; despesas com tratamento médico-hospitalar e medicamentos

decorrentes de doenças causadas por insetos que proliferam em terrenos abandonados e transformados em depósitos de lixo; destruição de pertences causada pelo fogo proliferado na vegetação densa localizada no interior dos imóveis não edificadas, além de inúmeras situações que corriqueiramente acontecem no espaço urbano das cidades brasileiras.

O que caracteriza a natureza destas ocorrências é o fato de que em todas elas o vizinho prejudicado já vivenciou a perda patrimonial, só restando o direito de pleitear a ressarcimento pelo valor correspondente àquilo que foi gasto ou destruído. Verdadeira operação matemática, pois busca, ao máximo, alcançar a condição vivenciada antes da conduta danosa.

Por outro lado, corresponde aos lucros cessantes a perda patrimonial que o vizinho impactado suportou pelo uso anormal da propriedade, consistente na não edificação ou parcelamento do solo urbano. Neste caso, o juízo de análise migra para o futuro e deverá ser apurado o que a vítima deixará de ganhar em face da conduta ilícita do seu vizinho.

O melhor exemplo para contextualizar a hipótese que está sendo tratada refere-se à desvalorização do imóvel devidamente edificado, quando se avizinha a áreas abandonadas ou baldias, utilizadas pelos seus proprietários como meros objetos especulativos.

Enfim, na liquidação dos prejuízos realizada após a configuração dos elementos decorrentes da responsabilidade civil, mais uma vez a nocividade decorrente da inutilização ou do uso insuficiente do imóvel urbano se evidencia.

6.4 O Nexo Causal e suas Teorias

Até o presente momento, os elementos da responsabilidade civil, seja qual for a modalidade, foram integralmente abordados, tendo como conduta a utilização insuficiente ou inadequada do imóvel urbano, em descumprimento à função social da propriedade. Para tanto, evidenciou-se a efetivação do ato ilícito, seja quanto à contrariedade ao ordenamento jurídico ou quanto ao seu caráter abusivo (desvio de finalidade), assim como a culpa e o dano.

Ainda percorrendo o caminho traçado pela legislação para o surgimento do dever de indenizar, chega-se à necessária abordagem e posterior concretização

diante da hipótese de dano ora proposta, do nexo de causalidade estabelecido entre a conduta e o dano.

A proposta de estabelecer relação de causa-consequência entre conduta e dano representa uma desafiadora tarefa, não obstante a plena certeza de que todo prejuízo relevante para a responsabilidade civil tem uma causa que só poderá decorrer de conduta humana, direta ou indiretamente direcionada à vítima. Trata-se do objetivo de se desvendar quais foram os danos originados a partir de determinada ação ou omissão.

A pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, já que um só dano pode ter sido gerado por mais de uma causa, além de poder ter como responsável mais de uma pessoa. (GONÇALVES, 2008).

Quando o dano se apresenta como resultado de um fato simples, não oferece maiores dificuldades de se discernir acerca da existência ou não do nexo de causalidade; o que não ocorrerá nas hipóteses de causalidade múltipla, quando se fazem presentes uma cadeia de condições e várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, devendo-se definir qual é a causa real do dano. (CAVALIERI FILHO, 2014).

Caio Mário, citado por Rui Stoco em sua obra, destaca acerca do nexo causal:

Este é mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado.

Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar, se entre ambos não se estabelecer a relação causal. Como explica GenévièveViney, 'cabe ao jurista verificar se entre os dois fatos conhecidos (o fato danoso e o próprio dano) existe um vínculo de causalidade suficientemente caracterizado'. (STOCO, 2010, p. 204).

Contextualizado com a hipótese fática tratada neste trabalho, o nexo causal representa o vínculo existente entre a interferência danosa suportada pelo vizinho, e a omissão do proprietário ou possuidor que mantém o seu imóvel sem qualquer edificação ou de forma insuficiente, servindo apenas para fim especulativo.

Daí, em se tratando de fato simples, ou seja, uma só consequência para um só dano, possivelmente não surgiriam maiores dificuldades em realizar o pretense juízo; porém, tratando-se de causalidade múltipla, ou seja, na hipótese da

interferência danosa puder ser o resultado de diversas causas, o grau de dificuldade para se estabelecer a relação de causa-consequência, seria bem maior.

A fim de se estabelecerem critérios de discernimento do nexo de causalidade existente entre a conduta e o resultado danoso, necessário abordar as teorias relativas ao tema.

6.4.1 Teoria da Equivalência dos Antecedentes

Seguindo a lógica de que na responsabilidade civil, a formação do conjunto probatório e o estabelecimento do nexo de causalidade representam os requisitos com maior grau de dificuldade para comprovação, sobretudo nas hipóteses de causas múltiplas, torna-se necessária a existência de um prévio critério de análise, seguindo padrão interpretativo, como proposta a identificar a verdadeira causa do dano.

Como plano investigativo, tem-se a teoria da equivalência dos antecedentes, elaborada por Von Buri, tendo como fundamento as ideias de Stuart Mill. (CAVALIERI FILHO, 2014).

Para a teoria, o agente responderia sempre que fosse constatado que sem a sua conduta o dano não aconteceria, mesmo que não tivesse nenhuma relação direta com resultado.

Ao realizar a comparação entre as condutas, não há nenhum juízo de valor quanto àquela que se mostrou mais adequada para o alcance do resultado. Ou seja, todas as ações ou omissões são colocadas em um mesmo patamar de relevância para a concretização do resultado, e, com isso, todos os autores dessas respectivas ações poderiam responder pelo prejuízo suportado pela vítima.

Também chamada de *condicio sine qua non*, no direito brasileiro, sua aplicação seria adstrita ao direito penal e estaria representada no artigo 13 do código penal, prevendo que “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. (BRASIL, 1941).

A busca de todas as causas sem as quais o dano não ocorreria, sobretudo diante da complexidade das relações estabelecidas entre pessoas, da tecnologia e facilidade de circulação das informações, leva à conclusão de que qualquer conduta,

por mais simples e corriqueira que fosse, de forma fácil e rápida, poderia ser considerada motivo suficiente para a concretização de um dano.

Um juízo de investigação estabelecido por este critério levaria à regressão infinita, buscando múltiplas causas em cadeia, para, ao final, imputar a todos os autores destas condutas o mesmo grau de culpabilidade.

Nesse sentido, conclui Fernando Noronha:

No âmbito da responsabilidade civil, a teoria da equivalência de condições levaria absurdamente longe demais a obrigação de indenizar. Na esfera dos atos ilícitos (responsabilidade civil subjetiva) ainda seria possível de certa maneira filtrar, como no Direito Penal, dentre todos os fatos verificados, aqueles pelos quais se pudesse dizer que o agente era culpado; [...]. Mas esse filtro não é cogitável no âmbito da responsabilidade objetiva: nesta, onde muitas vezes nem sequer temos condutas humanas, e onde, quando as temos, o elemento culpa é irrelevante, sem esse filtro, a extensão dos danos indenizáveis ficaria sem possibilidade de determinação. (NORONHA, 2010, p. 544).

Exemplificando, na hipótese de um dano causado por uma motocicleta, em face de conduta imprudente do seu condutor, não seria o motociclista o único culpado pela ocorrência dos danos, mas a pessoa que vendeu o veículo, o seu fabricante, quem forneceu a matéria prima, etc.

A maior dificuldade para se aplicar a pretensa teoria como critério de análise do nexo de causalidade entre conduta (ação ou omissão) e o dano, é o fato de se estabelecer o mesmo grau de relevância para todas as causas identificadas, sejam elas diretas ou indiretas. Não há qualquer critério para valorar aquela que possa ter representado um maior ou menor nível de interferência para concretização do dano.

Portanto, não obstante sua aplicabilidade no direito penal, atendidas todas as especificidades deste ramo da ciência jurídica, para a concretização da responsabilidade civil, como critério de identificação da causalidade, a aplicação dessa teoria torna-se absolutamente impraticável.

6.4.2 Teoria da Causalidade Adequada

Trata-se de teoria criada por Von Kries, que partiu da teoria da equivalência dos antecedentes, reconheceu a dificuldade de sua implementação no campo de direito civil e procurou estabelecer critério mais realizável na busca do nexo de causalidade entre conduta e o dano.

Segundo a teoria, para se apurar a causa do prejuízo, inicialmente realiza-se o mesmo juízo de análise segundo critério estabelecido na teoria da anteriormente retratada, ou seja, identificam-se primeiramente todas as causas sem as quais o resultado danoso não teria implementado. Posteriormente, estas causas serão comparadas, levando-se em consideração aquela que se apresenta como a mais adequada a ter ocasionado o prejuízo suportado pela vítima.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2008), o juízo de análise que se realiza incide sobre a capacidade habitual da conduta de causar aquele tipo de dano. Há necessidade de se constatar que aquilo que originou a lesão, de fato, era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos desta natureza, admite-se que a causa era adequada; caso se constate que foi por uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada.

Importante ressaltar que, diante de uma situação de causalidade múltipla, todas as condutas podem ser tidas como causadoras do dano, mas nem todas poderão ser consideradas imprescindíveis para o seu acontecimento. Trata-se de um juízo de relevância, pelo qual aquela que se apresentou como causa mais adequada será considerada o motivo para a concretização do dano.

Aguiar Dias, citado por Sérgio Cavalieri, defende a aplicação da teoria da causalidade adequada, afirmando:

Consideramos em culpa quem teve não a *last chance*, mas a melhor oportunidade, e não a utilizou. Isso é exatamente uma consagração da causalidade adequada, porque, se alguém tem a melhor oportunidade de evitar o evento e não a aproveita, torna o fato do outro protagonista irrelevante para a sua produção [...]. Em lugar de se apurar quem teve a última oportunidade (como sustenta a teoria norte-americana – *the last chance*) (*última chance*), o que se deve verificar é quem teve a melhor ou mais eficiente, isto é, quem estava em melhores condições de evitar o dano; de quem foi o ato que decisivamente influenciou para o dano. Isso, aliado à indagação da idoneidade da culpa, na produção do dano, dará critério seguro para a solução exata ao tormentoso problema da concorrência de culpas ou concorrência de atos produtores do dano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 66).

A noção de adequação utilizada para explicar a mencionada teoria, diz respeito à eficácia, ou seja, aquela que se apresenta como a mais eficaz diante de outras possibilidades. Trata-se de verdadeiro juízo de valor, o que torna imprescindível a análise pormenorizada de todas as circunstâncias relacionadas ao resultado danoso.

Para a efetivação deste esforço valorativo, deve-se ainda considerar conceitos padronizados. Para tanto, não há como dispensar o estabelecimento prévio do que seria exigível diante de determinadas circunstâncias e condições, como reações humanas, a influência de forças da natureza, o dever de cuidado, os costumes de determinada região, entre outras.

Somente após esta contextualização, diante de todas as causas que podem se apresentar como prováveis responsáveis pela efetivação do resultado, torna-se possível aferir aquela que se apresenta como a mais adequada.

Isso significa dizer que a pretensa teoria, assim como todas as outras, não obstante representar hipótese abstrata, construída a partir de possibilidades e não de realidades, para atingir o seu objetivo, ou seja, descobrir o verdadeiro nexos de causalidade, deverá ser posta em prática a partir de uma análise concreta de todos os fatos e circunstâncias que se relacionaram com a causa analisada e o resultado efetivado.

Quando este percurso valorativo é concluído, percebe-se que determinada consequência (dano), é normalmente previsível a partir do momento que determinada causa ou condição se efetiva. Isto é o que se denomina adequação.

Diante deste juízo de análise, adequada é a causa sem a qual o resultado não ocorreria, aquela que se apresenta como imprescindível para a efetivação do dano. As demais condições, mesmo não sendo consideradas motivo real para o surgimento do resultado, são tidas como meras circunstâncias não causais.

Acerca da aceitação desta teoria pelo ordenamento, novamente o mestre Aguiar Dias, desta vez citado por Rui Stoco, conclui que enquanto a teoria da equivalência das condições predomina no âmbito penal, a da causalidade adequada é a que prevalece na órbita civil (STOCO, 2014).

6.4.3 Teoria da Causalidade Direta e Imediata

Não obstante inexistir construção teórica infalível para apuração do nexos de causalidade, observa-se no Código Civil critério previsto no artigo 403 que poderia representar, no mínimo, um indicativo acerca da teoria possivelmente adotada pelo legislador. Segundo o mesmo dispositivo, “ainda que a inexecução resulte de dolo

do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. (BRASIL, 2002).

Nunca é demais ponderar que, de uma forma ou de outra, todas as teorias construídas e voltadas ao juízo de aferição do nexo de causalidade não representam fórmulas prontas e infalíveis, pelas quais o resultado aponta, impreterivelmente, a verdadeira causa do prejuízo. Na realidade, retratam critérios a serem seguidos, que funcionam como pistas a serem oferecidas ao intérprete para que se decifre o motivo determinante para a concretização do dano. Este desiderato só será alcançado quando tudo for feito, visualizando-se, acima de qualquer outra coisa, a realidade fática na qual o evento se desenvolveu. Na análise, fatores relacionados ao cotidiano, ao padrão de comportamento, ao grau de instrução e outras características serão imprescindíveis para apuração do nexo de causalidade.

Sendo assim, tem-se a teoria da causa direta ou imediata como sendo aquela decorrente da previsão já mencionada do artigo 403 do Código Civil brasileiro, que teria sido elaborado a partir do artigo 1.060 do Código Civil de 1916, já revogado.

Trata-se de regra aplicável às obrigações contratuais, em face de descumprimento do que fora ajustado, e das perdas e danos oriundos do inadimplemento. Neste caso, o valor do ressarcimento levaria em consideração somente o prejuízo suportado ou a perda futura causada direta e imediatamente pela inexecução contratual.

Por esta razão, há representantes na doutrina brasileira, Agostinho Alvim, Fernando Noronha, e até mesmo no judiciário (STJ-1ª Turma – Resp858.511-DF, Rel. Teori Albino Zavascki), que consideram a teoria da causalidade direta ou imediata positivada no ordenamento legal brasileiro, no mencionado artigo 403. (STOCO, 2016).

Advogam a ideia de que a exigência de uma causa direta e imediata faz com que somente o acontecimento que esteja diretamente relacionado com o resultado é que seja considerado o responsável pela sua efetivação. O resultado dependeu diretamente daquela condição e as demais interferências sucessivas foram consideradas insuficientes.

O fato de representar dispositivo aplicável às obrigações contratuais não impede a aceitação deste dispositivo como demonstração de que o legislador adotou a teoria da causalidade adequada como sendo o padrão interpretativo para o nexo causal na responsabilidade civil.

Independente da suficiência do critério exposto na teoria, não há como negar que, diante de todo o conjunto normativo circunscrito ao ordenamento jurídico brasileiro, na seara civil, este dispositivo é aquele que oferece um critério para identificar a causa das perdas e danos suportados pela vítima prejudicada.

Antes de qualquer conclusão, necessários maiores esclarecimentos acerca da teoria. Para tanto, faz-se uso das conclusões sintetizadas por Sérgio Cavalieri Filho, citadas a partir das seguintes indagações: “Em que consiste a teoria da causalidade direta e imediata? Qual o sentido das expressões direta e imediata? São sinônimas ou tem sentido próprio?” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 68).

Quanto às terminologias “direta” e “imediata”, citadas no artigo 403 do Código Civil brasileiro, por mais paradoxal que pareça, não retratam distância temporal, mas expressam uma noção de necessidade. Não se trata de indicar a condição ou causa que tenha ocorrido em momento mais próximo à concretização do resultado, como no caso do último acontecimento antes da efetivação do dano. E sim, aquele que se relacionou mais diretamente com o resultado, sem interferências.

Os termos direta e imediata não são sinônimos, mas não exprimem duas ideias distintas. Consideradas exclusivamente no contexto do dispositivo legal, uma é utilizada para reforçar a outra, ou seja, mais do que direta, também é imediata; mais do que imediata, também é direta. Sempre voltadas à noção de imprescindibilidade. (CAVALIERI, 2014).

A distância temporal na relação de causalidade possui relevância, sobretudo na hipótese de outra causa surgida após a ocorrência da originária, e, que, por si só, se apresenta como responsável direta e imediata pela efetivação do resultado danoso.

Neste caso, aplicando a teoria da causalidade direta e imediata, a responsabilidade será direcionada ao autor da causa próxima, que foi capaz de interromper todo e qualquer nexos causal que tenha se estabelecido antes de sua efetivação.

Por esta razão, também pode ser denominada de Teoria da Interrupção do Nexos causal, como defende Gustavo Tepedino (2011), em razão do rompimento do nexos originariamente estabelecido, a partir da ocorrência de nova causa considerada condição direta e imediata para a concretização do dano.

Mesmo assim, não há rompimento do nexos inicial em razão de uma causa ocorrida em momento mais próximo à efetivação do resultado, quando comparada à originária, mas por ter sido considerada aquela que, de fato, ocasionou o dano.

Não é pretensão, neste trabalho, esgotar todas as teorias construídas ao longo dos últimos anos a fim de estabelecer uma rota que levará ao descobrimento de todos os nexos de causalidade, sobretudo quando se está diante de um dano para o qual se ofereçam pretensas causas múltiplas. A intenção é tratar sobre aspectos referentes às mais utilizadas, a fim de evidenciar a importância de cada uma, embora insuficientes diante da complexidade que a realidade jurídica atual representa.

6.4.4 O Dinâmico juízo de causalidade e o diálogo com o artigo 403 do Código Civil brasileiro

Em todas as abordagens realizadas acerca das três teorias ora especificadas, foi enfatizado que se tratava de construções teóricas cujo objetivo era o de fornecer um caminho a ser perseguido em busca do estabelecimento de um nexos de causalidade entre a conduta e o respectivo resultado. Por esta razão, por mais completa que fosse a teorização, não seria suficiente para alcançar todas as possibilidades apresentadas pela situação fática.

Não se está defendendo a inalcançabilidade de um nexos causal dotado de certeza, mas de reconhecer a insuficiência dos critérios teóricos diante da dinamicidade da realidade atual. Quase todas as teorias foram estabelecidas em uma realidade, não só jurídica, mas social, completamente diversa, mais previsível e menos complexa.

Não só a responsabilidade civil, mas os institutos jurídicos voltados às relações privadas foram reformulados e os seus conceitos históricos reescritos, de forma a incorporar o interesse social e coletivo nas ações que representam o exercício do respectivo direito individual.

Seguindo este processo evolutivo, no campo da responsabilidade civil elementos relacionados à ilicitude e à culpabilidade foram introduzidos ou modificados, como no caso da admissão da responsabilidade sem culpa, ou do dever de indenizar em face de conduta lícita, o risco integral, entre outras. Para cada

modalidade, têm-se critérios específicos para demonstração da relação de causalidade entre a conduta e o resultado.

Para evidenciar esta alternância de realidade e sua repercussão para o campo da responsabilidade civil, basta destacar as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no Código Civil brasileiro, chegando a convencer parte significativa da doutrina nacional que se trata, atualmente, de modalidade que prepondera na atual sistemática de responsabilização.

Para este tipo de realidade, a busca pelo nexos causal se torna muito mais complexa, já que não mais apenas as condutas voluntárias poderiam se enquadrar nas possíveis causas de determinação do resultado, mas, somadas a elas, todas as outras que tenham sido praticadas sem qualquer intenção, multiplicando as possibilidades causais.

Sérgio Cavalieri Filho (2014) destaca a incidência da responsabilidade civil objetiva, acreditando compor atualmente um rol mais extenso de possibilidades do que a própria responsabilidade subjetiva, o que leva a alteração drástica na forma de atuação do Poder judiciário, já que se tornou insustentável a aplicação de uma ou outra teoria de causalidade (CAVALIERI FILHO, 2014).

A necessidade de reformulação dos institutos de direito privado, dentre eles a responsabilidade civil, não se justifica somente pela diversidade de interesses atualmente tutelados, mas pela própria forma de manifestação dos interesses individuais.

As relações entre os indivíduos são marcadas pela velocidade e dinamicidade. São moldadas, sobretudo, por mecanismos de informação, objeto de evolução tecnológica capaz de aproximar as pessoas, aumentando em escala infinita, as possibilidades de interação. Como consequência, as interferências se tornam mais constantes, diante da capacidade de influência.

Barreiras que antes serviam para excluir possibilidades causais, retirando determinadas condutas do rol de possibilidades para efetivação de determinado resultado, como a distância, tempo, idade, classe social, entre outras, não mais existem, já que a informação circula livre e gratuitamente.

Por isso, não se trata de refutar construções teóricas para a solução de problemas relacionados ao nexos causal, mas de reconhecer a imprescindibilidade do juízo próximo à realidade fática, para só então, confrontar a teoria que entenda cabível, com as circunstâncias que lhe são apresentadas.

O mencionado artigo 403 do Código Civil, utilizado na doutrina e julgados para justificar a aplicação de determinada teoria, assim como o próprio instituto da responsabilidade civil, não pode ser interpretado de forma apartada da realidade. De fato, trata-se de um dispositivo que encorpou a construção meramente teórica, para evidenciar o fato de que o legislador também se preocupou em empreender regra voltada a discernir o nexo de causalidade.

Por esta razão, não deverá ser desprezado ou relegado às hipóteses de responsabilização contratual, mas trazido para o cenário comum, onde todas as pessoas são simultaneamente, potenciais autoras de ato ilícito e vítimas de um dano.

No entanto, assim como fora defendido para as teorias voltadas à causalidade, o dispositivo em referência só terá relevância quanto à sua aplicabilidade no campo da responsabilidade extracontratual, se for empreendido como um instrumento para alcance do nexo de causalidade, e não como método único a ser seguido.

Dessa forma, para se apurar o que venha a ser causa direta e imediata do resultado, critério de causalidade estabelecido pelo artigo 403 do Código Civil, considera-se um cenário repleto de circunstâncias e características próprias, presenciais e virtuais, devidamente integradas, para só então identificar a causa que se encontre mais próxima ao resultado.

Antes de se falar em lesão, necessário entender a verdadeira potencialidade de uma conduta praticada nos dias atuais, sobretudo, pelos mecanismos tecnológicos de comunicação. Trata-se do poder de influência, que poderá se dar de forma positiva ou negativa, alcançando bens e interesses de uma só pessoa, de um grupo ou de um número indeterminado de indivíduos.

A força que integra determinada conduta está no seu poder de influência. Diante das possibilidades nascidas a partir de uma conduta, é facilmente perceptível que uma só ação ou omissão está apta a gerar vários resultados. E justamente em razão da pulverização dos efeitos de uma só conduta, que se torna relevante a aplicação, devidamente contextualizada, do artigo 403 do Código Civil brasileiro.

Apurar a responsabilidade de todos os resultados surgidos a partir de uma só conduta representa tarefa desafiadora. No exercício deste desiderato, sem desprezar as teorias já relatadas, o responsável pelo desafio deverá analisar, individualmente, cada resultado.

O que deve ser sempre destacado é que a realidade líquida e sem barreiras amplia significativamente o rol de possibilidades e por esta razão torna-se ainda mais relevante o tipo de análise que se realiza com total percepção da realidade fática, aberto a todas as possibilidades.

Dessa forma, diante das características e a potencialidade que abrangem uma conduta praticada nos dias atuais, a proposta é a realização de um juízo de análise nos seguintes termos.

O primeiro passo coaduna com a teoria da equivalência, pela qual se identifica um caminho lógico de supostas causas em linha de antecedência. Ato contínuo, todas as causas são comparadas, destacando aquela que seja considerada mais adequada (aptidão habitual para causar aquele tipo de resultado), correspondendo a teoria da causa imediata. Ao fim do percurso, é possível identificar a causa adequada, assim como outras condutas ou circunstâncias que também poderiam ter contribuído para a concretização do resultado.

Mesmo que seja constatada a causa adequada, antes de se atribuir responsabilidade ao seu autor, deverá indagar se outros fatores também foram considerados para a concretização do resultado. Neste momento, as construções teóricas se mostram insuficientes, já que a vítima está apta a sofrer influência de várias condutas ao mesmo tempo, igualmente nocivas, pelas características da atual realidade já esclarecidas.

Sendo assim, somente por um juízo extremamente voltado à análise concreta dos fatos, aberto a todas as possibilidades oferecidas pela realidade, é que poderá ser identificado se a conduta que está sendo imputada, quando comparada com os demais fatores influenciáveis, pode ser considerada causa direta e imediata do resultado.

Portanto, é plenamente possível que se conclua pela ausência de responsabilidade por parte do autor da conduta, mesmo que seja demonstrado ter exercido influência no resultado. Para tanto, basta ter sido constatado que outros fatores foram considerados causas diretas e imprescindíveis.

6.4.5 A Causalidade por Omissão

O ato ilícito, nos termos do artigo 186 do Código Civil brasileiro consiste na “ação ou omissão voluntária”, contrária ao ordenamento jurídico, que venha a causar dano a terceiro (BRASIL, 2002). O legislador reconhece que a conduta humana apta a produzir efeito no mundo exterior nem sempre advém do agir, mas a inação também se mostra capaz de produzir consequências.

O ordenamento jurídico não se resume ao conjunto normativo, como já lembrado, mas compreende um sistema composto pelas normas, princípios, valores e costumes. Sendo assim, da mesma forma que um indivíduo pratica ato ilícito quando pratica um ato proibido pelo ordenamento, ele também o faz quando deixa de agir, quando o mesmo ordenamento determina a obrigatoriedade da sua ação.

A responsabilidade civil, quanto à composição de seus elementos, não se diferencia a partir da natureza da conduta, sendo ela expressa por ação ou omissão, os requisitos serão os mesmos. Salvo na hipótese de ato ilícito omissivo praticado pela administração pública, que repercute diretamente na natureza da responsabilidade civil.

Sendo assim, se para a responsabilização é necessário estabelecer o nexo causal entre uma ação e o resultado, por meio de um árduo trabalho de constatação, como demonstrado nos tópicos anteriores, da mesma forma deve agir, na hipótese de se atribuir a uma omissão a causa do resultado danoso. Ou seja, recorre-se às mesmas teorias, ao mesmo esforço interpretativo, para ao final identificar se a influência da omissão foi suficiente a efetivar o resultado, de forma a considerá-la causa direta, imediata e imprescindível.

Não obstante a constituição do ato ilícito não impor alteração na técnica de apuração do nexo de causalidade, não há como negar que a forma de apuração da ilicitude da conduta diverge na medida em que se está diante de uma omissão. Ora, trata-se de uma ausência de agir, quando o ordenamento determinava a conduta positiva. Por esta razão, somente nestas hipóteses que poderia se atribuir responsabilidade pelos danos diretamente relacionados àquela omissão.

O que se pretende esclarecer, é que na apuração da responsabilidade civil, deve-se atentar para as omissões que de fato caracterizam conduta ilícita, já que nem todas expressam relevância para o mundo jurídico. Com isso, no árduo exercício de discernimento da verdadeira causa de determinado resultado, uma vez apurada a conduta omissiva, a ordem interpretativa não corresponde à mesma estabelecida para condutas ativas.

Dessa forma, caso seja apontada uma omissão como possível causa de um dano, o primeiro juízo de análise não corresponde à exclusão da conduta, para aferir se mesmo assim o resultado ocorreria. Mas, inicialmente, apurar se a omissão ora indicada é juridicamente relevante.

Neste momento, para a ilicitude da conduta torna-se imprescindível que haja no ordenamento jurídico do país, não importando hierarquia ou espécie normativa, o dever de agir. Somente na hipótese de a omissão representar uma violação deste dever, é que ela se tornará relevante juridicamente.

Uma vez constatada a sua ilicitude, aí sim, o caminho persecutório do nexo de causalidade retomará o seu curso natural; seja para apurar a causa equivalente, ou adequada, ou, ainda, a causa direta e imediata.

Deve ser destacado que a mesma ressalva já realizada, quanto à aplicação das teorias voltadas ao descobrimento do nexo de causalidade, especificamente quanto à insuficiência frente à dinamicidade das relações jurídicas e sociais, vale para as condutas ativas e para as omissivas. O que equivale dizer, que o intérprete terá a mesma incumbência de realizar o seu juízo de análise, levando-se em consideração as técnicas já teorizadas, sempre priorizando a realidade concreta na qual a conduta e o resultado se efetivaram.

A responsabilidade civil por omissão é comumente direcionada à administração pública, em face do seu amplo dever de agir, o que origina inúmeras incumbências que acabam por fazer parte de seu conjunto de atribuições. Lembrando que o dever de agir, no caso do Estado, advém obrigatoriamente da lei. Dessa forma, todas as vezes que a administração deixa de cumprir com alguma de suas atribuições, causando prejuízo ao administrado, esta omissão será considerada ato ilícito, levando-a ao dever de indenizar.

Da mesma forma que se desenvolve nas condutas praticadas pelos particulares, a busca pelo nexo causal também importará em um procedimento complexo, repleto de incertezas e possibilidades, quando se estiver diante de uma omissão ilícita atribuída à administração pública. Ocorre que, neste caso, antes mesmo de se perquirir acerca da relevância jurídica da omissão, deverá ser identificada a natureza jurídica daquela responsabilidade civil.

Não obstante a CRFB/88, no seu artigo 37, §6º, prevê a responsabilidade objetiva da administração pública, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, parte da doutrina entende que se este mesmo dano tiver sido causado por

uma omissão da administração pública, a apuração da responsabilidade se daria de forma subjetiva, ou com a necessária comprovação de culpa (MELLO, 2005, p. 871).

O nexo causal a partir de uma omissão juridicamente relevante importa em um caminho ainda mais árduo. No juízo de análise para sua apuração e para respectiva efetivação do resultado, as omissões podem concorrer com outras ações, já que todas podem ser consideradas capazes de gerar o mesmo resultado. Mas, há que se indagar acerca da existência de diferença de potencial ofensivo entre uma e outra.

Como já destacado, o legislador confere ao ato ilícito a possibilidade de se constituir por conduta positiva ou negativa, desde que cause dano. Não há qualquer distinção quanto aos efeitos de cada modalidade, apenas diferenças quanto à forma de exteriorização. Porém, não há como negar, que os efeitos produzidos a partir de uma ação, com repercussão no mundo exterior, são mais facilmente constatáveis, do que aqueles produzidos pela omissão. Tal fato se dá, justamente, pela necessidade primária de se perquirir acerca da existência de um dever jurídico de agir, antes mesmo de tentar extrair algum nexo de causalidade a partir da omissão.

6.4.6 O descumprimento do dever de edificar como causa de dano

Assim como nos tópicos anteriores, após a abordagem de elementos da responsabilidade civil, em abstrato, com suas especificidades e devidamente contextualizados, torna-se necessário evidenciar a aplicação diante da hipótese fática caracterizada como o não cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana, pelo descumprimento do dever de edificar.

O exercício do direito de propriedade ou posse do imóvel urbano, como qualquer expressão da vontade humana, produz efeito no mundo exterior, e de alguma forma influencia para a ocorrência de algumas consequências ou resultados.

No uso destes direitos, o titular se vale do imóvel urbano para extrair utilidade, que pode ser revertida exclusivamente a si, compartilhada com outras pessoas, ou, até mesmo, poderá ser direcionada à coletividade.

Para compreensão e posterior validação de cada possibilidade de uso da propriedade e posse sobre o imóvel, imprescindível é a compreensão prévia da realidade econômica, social e política de determinado momento. Porém, dispensa-se

nova abordagem sobre o tema, diante do minucioso estudo acerca do processo evolutivo do direito de propriedade e os espaços urbanos já terem sido objeto deste trabalho.

Mesmo assim, cabe destacar que o fato de o país estar inserido no sistema capitalista, no qual o indivíduo tem o legítimo direito de buscar o seu progresso econômico pela sua força de trabalho, e tendo a CRFB/88 elevada a livre iniciativa ao posto de direito fundamental, possibilita que a propriedade e a posse possam ser utilizadas com o fim de se obter lucro. Ocorre que o mesmo legislador constitucional exige que através do exercício destes direitos, seja atendida a função social.

Nesse contexto, como deve ser interpretada a utilização de um imóvel urbano voltado exclusivamente à especulação imobiliária?

Quando realizada a abordagem acerca do ato ilícito, ficou evidenciado que a referida prática contraria o ordenamento jurídico brasileiro. Tal ofensa se dá a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, artigo 182, da Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, e do plano diretor de cada Município. Além deste contexto, ainda se torna mais evidente na hipótese desta prática se efetivar em uma cidade que conte com legislação própria apontando índices mínimos de edificação em imóveis urbanos.

Não obstante se admitir a utilização do imóvel para aferir lucro, tal prática deverá ser exercida sem ofender o interesse coletivo, consistente no uso e ocupação do imóvel urbano de forma harmônica e adequada, possibilitando a inclusão e o acesso às benesses sociais que uma cidade possa oferecer.

Na hipótese apontada, o ato ilícito praticado tem como autor o proprietário, que exerce o seu respectivo direito no único intuito de aferir lucro, com a valorização do bem. O valor de venda do imóvel acaba por ser superior ao preço originariamente pago em razão de vários fatores, dentre eles, a infraestrutura implementada com recurso oriundo da coletividade.

Considerando os efeitos danosos que, em tese, poderiam ser atribuídos a este ato ilícito, inicialmente importante destacar aqueles que atingem diretamente a coletividade. Dentre eles: a periferização da cidade, a elevação do valor venal dos imóveis urbanos, o aumento do gasto público em decorrência da formação de nova estrutura básica para atender as demandas oriundas das novas ocupações periféricas e o conseqüente aumento da carga tributária.

Como já especificado, o dano coletivo é perfeitamente aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro, figurando como prejudicado a própria coletividade. A lei da ação civil pública traz a ordem urbanística como tutela de interesse público, fazendo com que a utilização do imóvel urbano voltado à especulação imobiliária, em razão de seu potencial ofensivo, seja considerada um ato ilícito que viola a ordem urbanística, causando danos como estes citados em caráter exemplificativo.

Nessa hipótese, os órgãos legitimados estariam aptos a propor Ação Civil Pública, ou qualquer cidadão, a Ação Popular, pleiteando a apuração dos prejuízos suportados, e a respectiva imputação da responsabilidade pela reparação.

Para tanto, em juízo de análise da responsabilidade, invariavelmente seria necessário demonstrar o nexo causal entre o descumprimento do dever de edificar no imóvel urbano (prática especulativa), e os danos coletivos ora identificados

Ocorre que este mesmo ato ilícito, além de ser nocivo à coletividade, igualmente oferece risco de dano as pessoas que, de alguma forma, estão aptas a sofrerem algum tipo de influência. E justamente nesta condição se encontram os vizinhos dos imóveis utilizados para a prática do ato ilícito, ou seja, estão aptos a sofrerem algum tipo de perda, seja no campo material ou moral.

Em face da omissão do proprietário ou possuidor, que deixa de cumprir o dever de edificar no seu imóvel, mantendo-o sem qualquer benefício, e servindo unicamente ao fim especulativo, o vizinho acaba sendo vítima de dano.

Em tese, fica evidente o potencial lesivo da conduta especulativa, porém, vinculá-la ao dano suportado pela coletividade ou pelo vizinho, representa o transcurso da espinhosa tarefa de demonstrar o nexo de causalidade, sobretudo por se tratar de conduta negativa, em face do não cumprimento de um dever de agir.

O Código Civil brasileiro, no art. 1.277, quanto ao direito de vizinhança, conceitua o uso anormal da propriedade como sendo a conduta do proprietário, que também pode ser estendida ao possuidor, considerada prejudicial ao vizinho por atingir o seu sossego, a saúde ou a segurança.

Aos vizinhos prejudicados que se enquadrem nas hipóteses previstas no dispositivo, o legislador outorga o direito de requerer a cessação imediata da conduta lesiva. Há que se mencionar que, com este pedido, ao prejudicado caberá requerer uma obrigação de não fazer, ou seja, de interromper o que se estava fazendo.

Apesar de não se tratar de um pedido de indenização, obrigação de pagamento, fica evidenciado que o uso anormal da propriedade consiste na conduta de um proprietário ou possuidor que causa alguma lesão ao seu vizinho, relacionado ao seu sossego, saúde ou segurança.

Quando se parte da prática de alguma conduta positiva do proprietário ou possuidor no uso do seu imóvel, capaz de atingir de alguma maneira o seu vizinho, a própria legislação aponta como interferência não tolerável, atribuindo ao prejudicado o direito de pleitear a interrupção imediata, ou o ressarcimento pelos danos que porventura possa ter causado.

O que se denomina no mencionado dispositivo de “interferência prejudicial”, na realidade, representa o próprio dano, que nada mais é do que a lesão a um bem jurídico, capaz de resultar em prejuízo a outrem.

Por esta razão, pode-se afirmar que o uso anormal da propriedade, como conceituado pelo legislador, é um ato ilícito, por ofender o ordenamento jurídico, causando dano aos ocupantes do imóvel vizinho.

Porém, apesar de não mencionar que o uso anormal da propriedade consiste em uma conduta positiva, a utilização dos dispositivos previstos para o direito de vizinhança a fim de solucionar hipóteses concretas de conflitos desta natureza, se dá quando o ato ilícito consiste em um agir do titular do direito, como por meio da realização de obras, reformas ou construções, na emissão de barulho, odor, fumaça, etc.

O que se propõe é evidenciar que uma conduta negativa, consistente no descumprimento do dever de construir o mínimo exigível em um imóvel urbano, também pode ser considerada um ato ilícito, além de representar o uso anormal da propriedade.

Dessa forma, demonstrar o liame causal entre a omissão do proprietário e a interferência prejudicial aos ocupantes dos imóveis vizinhos, torna-se necessária para subsidiar dois pedidos: a interrupção imediata da interferência lesiva, bem como o pedido de indenização pelos danos suportados.

As inúmeras possibilidades de prejuízo que tenham como causa a omissão ora retratada dificultam sobremaneira afirmar com a suficiente certeza que determinado dano tenha sido causado pela conduta negativa do proprietário ou possuidor do imóvel urbano.

Da mesma forma, em razão do alto poder de influência de qualquer conduta praticada em um ambiente urbano, torna-se igualmente desafiador identificar que uma lesão a um bem jurídico tenha como causa direta e imediata uma determinada conduta, ainda mais sendo ela uma omissão ilícita.

Apenas como exemplo, imagine-se a situação de uma comprovada desvalorização de um imóvel urbano, fato observado pelo proprietário no momento da alienação do bem, e a existência de um imóvel vizinho sem qualquer edificação, que no seu interior se localiza vegetação densa, lixo e ofereça condições propícias à facilitação de práticas ilícitas.

Neste caso, está evidente que a omissão do proprietário, consistente no descumprimento do dever de construir, se mostra apta a causar o prejuízo ora mencionado. Mas, também não há como desprezar que outros fatores igualmente lesivos, também podem ser considerados capazes de influenciar na desvalorização do imóvel?

Neste caso, para que se demonstre que a inação ilícita é a causa direta e imediata do resultado danoso (a desvalorização do imóvel), deverão ser implementadas as teorias já mencionadas, devidamente contextualizadas às características e especificidades que o caso em concreto oferece. Para isso, deverá ser realizado tanto o juízo de eliminação (teoria da equivalência), quanto o de comparação com outras causas (teoria da causa adequada), para que, ao final, tenha-se a máxima certeza quanto à imprescindibilidade da omissão ilícita para a efetivação do prejuízo.

Deverá ser observado durante todo o processo de análise do nexos causal, que se está diante de um ambiente urbano, caracterizado pela proximidade e pelo alto poder de influência mútua, o que polui o juízo de causa-consequência.

6.5 A tutela processual como mecanismo de reparação individual e coletiva

O processo, sob o aspecto judicial, é o mecanismo de concretização do direito material, pelo qual os direitos e deveres são levados à tutela do Estado em busca do reconhecimento das respectivas pretensões.

Nos dizeres de Didier Jr. (2015, p. 37): “O processo é um método de exercício da jurisdição”, sendo que esta se caracteriza por abranger situações fáticas narradas em um processo. Tais ocorrências correspondem a eventos concretos do cotidiano,

que uma vez efetivadas influenciam direta ou indiretamente na vida das pessoas, seja com relação à integridade física, psicológica ou patrimonial.

A repercussão negativa gerada pela não utilização suficiente do imóvel urbano, suportada individual ou coletivamente, decorre de uma relação jurídica estabelecida a partir de direitos e deveres previstos no sistema jurídico, e por isso merece a tutela jurisdicional.

Sendo assim, tendo como parâmetro a conduta já especificada, uma vez efetivados cumulativamente os requisitos para responsabilidade civil, o meio pelo qual a parte prejudicada pode se utilizar para efetivamente buscar o ressarcimento dos prejuízos suportados, é o processo judicial.

Antes que seja realizada qualquer abordagem acerca das medidas judiciais que poderiam ser manejadas diante da conduta desidiosa e prejudicial do proprietário ou possuidor, deve ser ressaltado que a parte prejudicada pode ser tanto um indivíduo como a própria coletividade. Portanto, a partir da especificação desta abrangência define-se a legitimidade ativa, as tutelas judiciais cabíveis e a natureza e destinação dos pedidos.

Como já abordado em tópico específico deste trabalho, a não utilização suficiente do imóvel urbano, ou seja, a conduta ilícita do proprietário ou possuidor que faz uso do seu bem para fim meramente especulativo, se beneficiando à custa do investimento público e de outros particulares, pode representar sérios prejuízos para a coletividade.

Reconhecendo a importância do correto desenvolvimento urbano e da necessidade de coibir abusos, tem-se como exemplo na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), alterada pela Medida Provisória 2.180-35/2001, a ordem urbanística elevada ao patamar de interesse coletivo ou difuso.

Por esta razão, uma vez constatada qualquer lesão a este bem tutelado (ordem urbanística), estarão as entidades legitimadas no artigo 5º da referida Lei aptas a ingressarem perante o Poder Judiciário com Ação Civil Pública, pleiteando obrigação de fazer, não fazer e/ou indenização em face dos autores das condutas lesivas.

Quando o objeto da demanda for a interrupção da atividade nociva à ordem urbanística, o magistrado deverá determinar a cessão da respectiva conduta, sob pena de cominação de multa, que será devida a partir do descumprimento (art. 12, §2º).

Da mesma forma, a tutela judicial poderá pleitear indenização pelos prejuízos causados pelo proprietário ou possuidor, e suportados pela coletividade indistintamente. Nesse caso, havendo condenação em dinheiro, o respectivo valor será revestido a um fundo gerido por algum conselho federal ou conselhos estaduais dos quais participarão, necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo que os respectivos recursos deverão ser utilizados para reconstituição dos bens lesados (art. 13).

Não há como negar que imóveis urbanos abandonados, sem qualquer edificação, e em alguns casos sem terem sido sequer microparcelados, causam perdas financeiras indistintamente. Partindo do pressuposto de que esta conduta ilícita praticada pelo proprietário ou possuidor é causa direta da formação de periferias nas grandes cidades, pode ser citado como exemplo, o efeito danoso que a constituição destas áreas gera para população de uma cidade, que terá que suportar um custo de vida mais elevado, em razão dos valores despendidos com o transporte público e com a ausência do Estado na prestação de serviços básicos, em face da dificuldade de estar presente simultaneamente em locais distantes e destituídos de infraestrutura.

Além desta situação, inúmeros prejuízos são causados em razão do referido ato ilícito, seja na área ambiental, na segurança pública, na saúde, entre outros. Em todas as hipóteses, os danos poderão ser previamente identificados, mas também poderão ser suportados coletivamente.

Voltando-se para as relações estabelecidas entre proprietários e possuidores conviventes em um mesmo espaço territorial urbano, e as interferências danosas que poderão ser geradas entre eles, diante de um ato ilícito já especificado neste trabalho, caracterizado pela não edificação junto ao imóvel urbano, uma vez concretizados todos os elementos da responsabilidade civil, o indivíduo prejudicado não precisará aguardar a iniciativa do poder público para fazer cessar a conduta por meio de alguma ação decorrente do seu poder de polícia administrativa, ou mesmo de uma entidade legítima ingressar com medida judicial de caráter coletivo, ele mesmo poderá pleitear judicialmente alguma tutela que lhe seja cabível, tendo por pretensão obter o ressarcimento dos seus prejuízos, buscando, na medida do possível, o restabelecimento do seu *status quo ante*.

Considerando a ordem processual em vigência no Brasil, o proprietário ou possuidor prejudicado poderá intentar Ação de Indenização por danos materiais e/ou

morais, que tramitará perante alguma vara cível da respectiva comarca, ou nos juizados especiais cíveis, a depender do valor de alçada.

Nesta hipótese, a medida judicial será proposta diretamente em desfavor do proprietário ou possuidor responsável pelo prejuízo suportado pela vítima, que, por sua vez, deverá comprovar a efetivação de todos os elementos da responsabilidade civil, como já especificado nos tópicos anteriores.

Destaca-se a complexidade da demonstração donexo causal estabelecido entre o ato ilícito (não utilização do imóvel urbano) e o dano suportado, diante da quantidade de elementos que potencialmente influenciam para efetivação do mesmo resultado. Sendo assim, deverá o autor da demanda (vítima) produzir prova contundente de que a causa direta e preponderante para o prejuízo foi a conduta desidiosa do proprietário ou possuidor.

Nada obsta que o autor da medida judicial (vítima) intente na mesma demanda pedido de tutela de urgência, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, quando na situação concreta indicar que existe “probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. (BRASIL, 2015)

Neste caso, antes mesmo do ressarcimento, poderá ser pleiteada a suspensão imediata daquela conduta, determinando a efetivação de alguma medida que venha a sustar os efeitos danosos que estejam sendo suportados. A título de exemplo, em tese, poder-se-ia pensar na possibilidade de requerer em tutela de urgência a edificação de um muro, que paliativamente poderia minimizar os prejuízos do autor, até que venha o resultado final da demanda.

Portanto, fica evidente que não só a conduta praticada pelo proprietário ou possuidor, caracterizada pela não utilização suficiente do imóvel urbano, é considerada um ato ilícito e potencialmente danosa, mas que a vítima, seja ela identificada por um indivíduo, por uma coletividade ou mesmo difusa, poderá se valer de medidas judiciais concretas (Processo) para buscar o ressarcimento dos prejuízos suportados.

7 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Manter as relações sociais estabilizadas representa um dos objetivos da responsabilidade civil. Para tanto, precisa conferir tranquilidade aos membros de determinado agrupamento social, dando-lhes a segurança de que na hipótese de alguma perda, resultante de ato alheio praticado em desrespeito às regras previamente estabelecidas pelo direito, este mesmo ordenamento garantirá o mecanismo de obtenção do restabelecimento da condição que se encontrava antes do seu prejuízo.

Partindo da efetivação da perda, até alcançar o restabelecimento da condição originária, deve-se percorrer um caminho previamente estabelecido. Trata-se de um percurso que contém, obrigatoriamente, as seguintes passagens: a indicação de uma conduta que, em tese, seria a responsável pelo prejuízo; a constatação de que tal conduta contraria o ordenamento jurídico ou representa o desvio de determinada finalidade (social, econômica, boa-fé e bons costumes); em algumas hipóteses, demonstrar a culpabilidade do responsável pela efetivação da conduta; a identificação do interesse juridicamente tutelado que fora lesado; por último, o nexo de causalidade entre esta conduta e a mencionada lesão.

Ao dispor sobre a responsabilidade civil, o direito a impõe a todos que se encontram por sua tutela, considerando a natureza das atividades desenvolvidas, a preponderância de determinados interesses, entre outros fatores para que se determine sua modalidade.

Efetivada a lesão ao interesse tutelado pelo direito, através da responsabilidade civil, será buscado o restabelecimento da condição originária e, por esta razão, assume expressamente a função reparatória. Sendo assim, para realizar a imputação do dever de indenizar, nenhum elemento poderá se colocar entre a conduta do agente e a ocorrência do dano.

Por outro lado, não obstante as inúmeras possibilidades reparatórias a partir da responsabilidade civil extracontratual, o dever de indenizar também pode ser excluído, basta que, diante de uma situação concreta, haja a demonstração de que um dos elementos necessários para sua confirmação não se faça presente: conduta ilícita, dano, nexo causal ou culpa (subjetiva).

O Código Civil brasileiro prevê a exclusão da responsabilidade civil nas hipóteses em que não se faz presente em situações específicas a ilicitude ou o nexo de causalidade. Na primeira situação, condutas inicialmente consideradas ilícitas deixam de ser ofensivas ao direito; e na segunda, ação/omissão ou fato natural que tenha relação com o resultado rompe o nexo causal originariamente estabelecido.

7.1 A Exclusão do Nexo Causal: Fato de Terceiro, Culpa Exclusiva da Vítima e Caso Fortuito/Força Maior

No capítulo anterior, algumas teorias foram tratadas como propostas de apuração do nexo de causalidade entre uma conduta e determinado resultado, justamente para que a responsabilidade de providenciar a retomada da situação originária (anterior ao dano) seja atribuída ao autor da conduta sem a qual o prejuízo não se efetivaria.

Nessa mesma oportunidade, pôde-se verificar se tratar de uma tarefa tormentosa, e ao mesmo tempo criteriosa, já que um só resultado pode ter sido influenciado, em tese, por várias condutas, o que impõe a necessidade de identificar aquela que possa ser a causa direta e imediata para a efetivação do resultado.

A partir de uma análise criteriosa e atenta à realidade concreta sobre a qual se efetivou um dano, pode-se constatar que, além de determinada ação ou omissão que esteja sendo imputada como causadora, outras condutas ou acontecimentos poderão ser indicados como igualmente lesivos. Dessa forma, poderão ser consideradas: a ação ou omissão efetivada pelo autor originariamente imputado, condutas praticadas por terceiros, fatos não humanos (decorrentes da natureza), além de conduta da própria vítima.

Por essa análise, uma vez verificada a ocorrência de alguma influência no resultado decorrente de iniciativa que não decorra do autor da conduta, haverá o rompimento do nexo de causalidade. Como resultado deste rompimento, a responsabilidade deixa de ser atribuída ao autor da conduta originária, fazendo com que o procedimento para sua apuração dependa da natureza da causa.

Com isso, passa-se a abordar o que se denomina de Excludentes de Responsabilidade, no tocante ao rompimento do nexo de causalidade, tendo como consequência a desconsideração do autor da conduta originariamente imputada como causa do resultado, excluindo-o do dever de indenizar.

O sistema subjetivista de responsabilidade civil exige a demonstração de que o autor do ato ilícito o tenha praticado de forma voluntária, ou no mínimo agindo com negligência ou imprudência. A culpa do agente está expressa na voluntariedade ou na ausência de cuidado, e sem esta evidência, não há como responsabilizá-lo.

Com o advento da responsabilidade civil objetiva, o legislador reconheceu a necessária relativização dos requisitos para sua demonstração. Os aspectos concretos relacionados às relações jurídicas e as suas novas configurações, bem como o reconhecimento da tutela coletiva no âmbito das relações privadas, representam elementos considerados para que se admitisse a possibilidade de imputação do dever de indenizar nas hipóteses de dano causado por ato ilícito, mesmo não tendo o respectivo autor agido de forma voluntária ou sem atender o dever de cuidado.

Pois bem, se na responsabilidade subjetiva o autor da conduta pode ser eximido do dever de indenizar quando evidenciar não ter agido com culpa, na modalidade objetiva este argumento não será suficiente a obter esta pretensão.

Em razão desta diferença, pode-se afirmar que a previsão de hipóteses de exclusão de responsabilidade se justifica, ainda mais, diante do sistema objetivista, que não oferece ao agente acusado a possibilidade de arguir a ausência de culpa, mas poderá demonstrar a existência de algum fator responsável pelo rompimento do nexo de causalidade.

O nexo de causalidade é o liame objetivo que se estabelece entre a conduta e o resultado. Uma vez efetivada a lesão a um bem jurídico, indaga-se acerca do que causou este resultado, a fim de possibilitar a devida reparação.

Parte-se de uma conduta concreta como sendo a causa do dano, e a partir da análise de todos os acontecimentos relacionados ao fato, busca-se demonstrar a relação de causa e consequência para viabilizar a responsabilização do respectivo autor. Ocorre que durante esta jornada, os mesmos acontecimentos podem direcionar a entendimento diverso do que a hipótese considerada inicialmente, de forma a concluir pela imputação de fato diverso como sendo a causa direta e imediata do resultado danoso.

Na hipótese de este fato representar uma conduta estranha, praticada por outra pessoa que não seja o autor originário ou a vítima, o dever de indenizar passa a ser direcionado àquele que de fato praticou a conduta, e que influenciou decisivamente para ocorrência do resultado.

Nesse caso, haverá a exclusão da responsabilidade quanto ao autor da conduta que estava sendo originariamente considerada causa, porém, não elimina o dever de indenizar. Permanecerá a possibilidade de se buscar o retorno ao *status quo ante*, porém, a obrigação de reparação será direcionada àquele que de fato causou o dano.

Trata-se do fato de terceiro, que consiste em uma ação ou omissão praticada por outra pessoa, que foi suficiente a causar o prejuízo suportado pela vítima.

O terceiro consiste na pessoa além da vítima, que não mantinha nenhum tipo de relação com aquele que vinha sendo considerado o causador do dano. Sua conduta é considerada causa exclusiva do evento, e é suficiente a afastar qualquer relação de causalidade aparente que não decorra da sua ação ou omissão.

Para efetivação desta hipótese de exclusão de responsabilidade, a conduta estranha deverá ser suficiente a romper completamente o nexo causal que estava sendo considerado. Não poderá haver qualquer resquício de causalidade, ou seja, a ação ou omissão do terceiro deve ser causa exclusiva do resultado.

Não obstante sua incidência sobre as obrigações extracontratuais de uma forma geral, o fato de terceiro, como causa de rompimento do nexo casual, encontra-se previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, representando uma hipótese de exclusão de responsabilidade do fornecedor. Pelo artigo 12, §3º, inciso III, o legislador especial afirma que o fabricante, construtor ou importador não será responsabilizado pelo dano causado ao consumidor, quando demonstrar que o mesmo fora causado pelo próprio consumidor ou por terceiro. (BRASIL, 1990).

Ao lado do fato de terceiro como causa de rompimento do nexo causal, e conseqüente exclusão da responsabilidade do agente, encontra-se a possibilidade de o terceiro ter praticado uma conduta, e ela não ter sido suficiente a causar o resultado, não obstante ter para ele concorrido. Nesse caso, esta conduta estranha não impedirá a responsabilização do autor da ação ou omissão originária, podendo, no entanto, influenciar no valor da respectiva indenização, como medida de culpabilidade.

Se a conduta praticada por terceiro não exclui a viabilidade de se buscar a retomada do *status quo ante*, pelo ressarcimento do prejuízo suportado pela vítima, o mesmo não pode ser afirmado quando a conduta responsável pelo rompimento do

nexo causal originariamente considerado tiver sido praticada pelo próprio prejudicado.

A influência do prejudicado para a consecução do resultado que lhe causou prejuízo é fato comum e normalmente ocorre nas hipóteses em que o dever de cuidado não é inteiramente observado pela vítima. Para se chegar a esta conclusão, na apreciação do caso, não deve se deter ao comportamento daquele que estava sendo originariamente acusado, mas às circunstâncias do caso concreto, que deverão ser protagonistas deste juízo de análise.

Pode-se afirmar que, nesse caso, a conduta originária foi o mecanismo para consecução do resultado, mas não a sua causa. A vítima tomou a iniciativa, por ação ou omissão, e em razão dela o dano ocorreu, ela apenas se utilizou da conduta do terceiro.

Se a conduta da vítima for considerada a única responsável pela ocorrência do dano, não restará qualquer tipo de dever ressarcitório ao autor da conduta originária. Mas, se a conclusão for pelo reconhecimento de que as duas condutas concorreram para a obtenção do resultado, ainda haverá a obrigação de ressarcimento que deverá ser direcionada ao autor da conduta originária.

Observa-se que, mais uma vez, o caminho persecutório para o nexo de causalidade é o instrumento para apuração do dever de indenizar, e só através de um juízo eminentemente concreto e atento às circunstâncias fáticas é que, ao final, poderá discernir o grau de influência das condutas do autor e da vítima para a efetivação do resultado.

Acerca da ausência do dever de indenizar, como grau de participação da vítima no resultado danoso, ensina Silney Alves Tadeu:

Alguns requisitos deverão de ser reunidos para que a culpa exclusiva da vítima libere o causador do dano. Assim, para que se opere como causa excludente da responsabilidade por exemplo de um condutor de um veículo, a culpa da vítima deverá reunir os requisitos de ser única, total e exclusivamente originadora do dano, sendo ademais, interpretada no sentido técnico-jurídico e não na acepção vulgar de causa material. Quando tais requisitos não concorrerem, nasce a obrigação indenizatória. (TADEU, 2010, p. 600).

A participação da vítima como causa decisiva para o direcionamento do dever de indenizar, podendo excluir ou mesmo mitigar, está prevista no ordenamento junto

ao Código Civil brasileiro e na legislação especial, como no Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se sua inclusão no artigo 945 daquele Código, na condição de cláusula geral, pela qual se confronta a conduta da vítima e a do autor, determinando que a “indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”. (BRASIL, 2002).

A responsabilidade civil do agente também poderá ser afastada quando, para a efetivação do resultado, ter concorrido de forma decisiva e imprescindível um ato ou fato definido como caso fortuito ou força maior.

Ambos representam o rompimento do nexo causal, impedindo a responsabilização do agente responsável pela conduta original. Ou seja, independente do significado de cada um, a consequência é a mesma.

Importante notar que tanto o caso fortuito quanto a força maior são ocorrências externas, cuja efetivação não tenha dependido de qualquer iniciativa ou vontade do autor. Uma vez efetivada, a consequência natural da conduta deixa de ocorrer, dando lugar ao resultado que ocasionou a lesão ao interesse alheio.

Tanto a responsabilidade aquiliana como a contratual poderão ser afastadas na hipótese de comprovada efetivação destes fatores, eximindo o contratante devedor, na segunda hipótese, e o autor originário da conduta, na primeira hipótese, do dever de ressarcir os prejuízos suportados pela vítima.

Resta mencionar que historicamente são considerados sinônimos, por produzirem os mesmos efeitos. Mas critérios não deixaram de ser teorizados com o único intuito de estabelecer algum tipo de diferenciação.

Dentre os critérios, merece destaque o que estabelece ser o caso fortuito evento que se relaciona a ocorrência de um acidente considerado imprevisto, e que acabou por prejudicar o cumprimento da obrigação, ou gerar o resultado prejudicial à vítima; e a força maior, como o surgimento de um obstáculo, porém, considerado insuperável, e por esta razão a obrigação também deixará ser cumprida, bem como o dano à vítima que será inevitável.

O legislador traz como previsão de exclusão de responsabilidade, contratual e extracontratual, em diversos dispositivos previstos no Código Civil e na legislação especial, sendo que em todas as oportunidades a comprovação de sua efetivação se mostra imprescindível.

7.2 A Exclusão de Ilicitude: Legítima Defesa, Exercício Regular de um Direito e Estado de Necessidade

Para que se compreenda a ilicitude de uma conduta, inicialmente deverá ser especificada a amplitude que deverá ser considerada ao termo.

Como já tratado em tópico anterior, em sentido estrito, o ato ilícito é considerado a conduta que se efetiva de forma contrária ao direito, causando dano a terceiro. Na responsabilidade civil subjetiva, este ato deverá ser revestido de no mínimo culpa, enquanto na objetiva este requisito é dispensado.

Em sentido amplo, poderá ser considerado ato ilícito, além das condutas compostas pelos elementos mencionados no parágrafo anterior, da ação ou omissão que represente o exercício de um direito de forma abusiva, evidenciado pelo não atendimento das finalidades sociais, econômicas, além da boa-fé e dos bons costumes.

O dever de indenizar exige a prática de um ato ilícito, como especifica o legislador no artigo 927 do Código Civil, portanto, para que se efetive a responsabilidade civil necessariamente a conduta responsável pelo resultado deverá ser considerada ilícita.

O juízo de ilicitude não se faz exclusivamente em face do conjunto normativo de um país, mas a partir da análise sistemática de todo o ordenamento, compreendendo não só as normas, mas os princípios, costumes, ética e a moral.

Há situações concretas a partir das quais uma análise imediata, portanto limitada, faz com que se conclua pela imputação de responsabilidade ao autor de determinada conduta. Ou seja, levando-se em consideração simplesmente o momento em que uma ação é executada, percebendo-se imediatamente a ocorrência da sua consequência, é natural que a causa seja atribuída à respectiva conduta.

Trata-se de interpretação realizada por determinada ótica que desconsidera por completo as circunstâncias motivadoras da conduta do autor. Não há que se falar em culpa ou dolo, mas nos motivos que o levaram a desejar praticar a conduta lesiva ao patrimônio da vítima.

O Código Civil brasileiro prevê três motivos específicos que, uma vez efetivados, são suficientes a excluir a ilicitude da conduta originariamente considerada:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. (BRASIL, 2002).

As situações enumeradas no inciso I do mencionado dispositivo se referem às hipóteses de legítima defesa e exercício regular de um direito; enquanto a prevista no inciso II se refere ao estado de necessidade.

Em todas elas, o autor de fato pratica a conduta que é considerada causa direta e imediata para efetivação do dano, porém, a razão pela qual a ação ou omissão foi realizada passa a justificá-la e, por isso, retira seu caráter antijurídico.

Na primeira hipótese, o autor da conduta exerce o seu direito em conformidade com o fim econômico, social, a boa-fé e os bons costumes, portanto, de forma lícita. Agir nos termos da lei não gera responsabilidade civil ainda que lesione o direito de outrem – como, por exemplo, a cobrança de uma dívida, a propositura de uma ação, a penhora numa execução forçada. (CAVALIERI FILHO, 2014).

Nas hipóteses de excludente de ilicitude pelo exercício regular de um direito, o autor da conduta é exonerado da responsabilidade pelos danos causados à vítima. (GONÇALVES, 2008).

Na legítima defesa, a conduta do autor deixa de ser ilícita porque representa a resposta a uma injusta agressão que lhe foi direcionada. O conceito do instituto, como ensina Sérgio Cavalieri Filho (2014), corresponde ao mesmo disposto no artigo 25 do Código Penal brasileiro, que representa o uso moderado dos meios necessários a repelir a injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940).

Quanto ao estado de necessidade, a ilicitude é afastada, mais uma vez, em razão dos motivos que levaram o autor a efetivar a conduta danosa. Neste caso, o próprio Código Civil especifica quais são os motivos, pelo artigo 188, inciso II, referindo-se à “deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”. (BRASIL, 2002).

As excludentes de ilicitude já mencionadas não eximem, necessariamente, o autor do dever de indenizar a vítima. A possibilidade de impor esta obrigação mesmo diante de um ato lícito encontra-se prevista no artigo 929 do Código Civil, e

se refere ao autor que age em Estado de Necessidade (art. 188, II), na hipótese em que a vítima não seja a culpada pelo surgimento do perigo que contra ela incidia. (BRASIL, 2002).

Embora a lei declare que o ato é legítimo, ou seja, praticado em conformidade com o ordenamento, nem por isso libera quem o pratica de arcar com o prejuízo suportado à vítima (GONÇALVES, 2008). De qualquer forma, confere ao responsável pela indenização o direito de buscar do verdadeiro causador do perigo o respectivo regresso.

7.3 A Exclusão de Ilícitude pela Interferência Estatal na Execução da Política de Desenvolvimento Urbano

Nas relações de vizinhança, a vontade individual de cada proprietário ou possuidor é representada pela forma de utilização do seu imóvel urbano perante o ambiente que se encontra inserido. No exercício desta liberalidade, o titular do direito deverá estar consciente de que se encontra inserido em um contexto plural, junto com outros legítimos, que igualmente pretendem expressar e fazer valer as respectivas vontades.

Nesse ambiente de expressões recíprocas de vontade, é certo que conflitos sejam percebidos, havendo a necessidade de um padrão prévio de comportamento, para garantir segurança e equilíbrio suficientes a viabilizar o convívio de forma harmônica.

Na busca do estabelecimento da desejada padronização comportamental, os caminhos obrigatoriamente passarão pela limitação das liberdades comportamentais recíprocas, especificamente exercidas sobre o imóvel urbano. A partir das concessões mútuas, torna-se identificável a existência de um interesse que se sobrepõe à vontade individual.

Como defensor da tutela coletiva, o Estado passa a ser o responsável pelo estabelecimento e manutenção da ordem social no ambiente urbanizado. Para tanto, além de possuir a incumbência de criar regras voltadas ao ordenamento urbano, zela pelo seu cumprimento, fiscalizando e aplicando sanções previamente estabelecidas.

A consolidação do ambiente urbano como local de convívio da grande maioria da população mundial fez com que as relações de vizinhança se tornassem

extremamente complexas, com características próprias, desafiando o poder regulatório do Estado e comprometendo o seu poder de influência na forma de desenvolvimento e ocupação dos espaços.

As grandes cidades mundiais, sobretudo as situadas em países de desenvolvimento econômico e social inferiores, possuem determinados agrupamentos que, há muito, não dependeram da intervenção estatal para se formarem e se desenvolverem. As ocupações irregulares de áreas urbanas, seguidas pelo crescimento populacional vertiginoso, fazem com que o poder público perca a capacidade de interferir no respectivo processo de formação, o que acaba por comprometer o desenvolvimento da cidade, onde todos os conviventes, direta ou indiretamente, sofrerão algum tipo de influência.

Como legítimo defensor do interesse coletivo, o Estado deve atuar de forma a estabelecer uma cidade inclusiva, e ao mesmo tempo, democrática quanto à ocupação dos seus espaços, onde os interesses individuais de cada proprietário ou possuidor são exercidos sem ferir o direito alheio, e o interesse coletivo seja colocado como prioridade.

Para tanto, mais do que a criação regras, o Estado deverá ser o responsável pelo estabelecimento de um sistema de regulação urbana, em que as ações ou omissões passíveis de repercussão no ambiente de vizinhança sejam previstas e reguladas em conformidade com um conjunto de normas, alinhadas a princípios fundamentais, com incidência em todas as esferas administrativas da respectiva federação.

No Brasil, ciente da complexidade das relações sociais estabelecidas em um ambiente urbano, o legislador constituinte de 1988 estabeleceu no seu artigo 182 a “política de desenvolvimento urbano”, prevendo as funções e os interesses que devem ser tutelados, deixando para as leis infraconstitucionais a incumbência de estabelecer as diretrizes gerais. (BRASIL, 1988).

Coube ao poder público municipal a atribuição de implementar a política de desenvolvimento urbano, que compreende, entre uma série de atribuições urbanísticas, a de zelar pela ocupação adequada e equilibrada dos espaços urbanos. Para tanto, regras voltadas à construção, parcelamento, ocupação e utilização dos imóveis são responsáveis por direcionar ou limitar a liberdade do proprietário ou possuidor quanto à forma de dispor do seu próprio bem.

Nas relações de vizinhança, a atuação estatal, invariavelmente, influenciará no direcionamento dos direitos/deveres entre os proprietários e possuidores vizinhos, justificando condutas lesivas, ou mesmo, implicando determinado comportamento que, posteriormente, possa ser considerado causa do resultado.

O comportamento do Estado pode ser considerado o verdadeiro causador de uma interferência lesiva ao direito do vizinho, embora a ação ou omissão visível possa ter sido de autoria do proprietário ou possuidor. Para tanto, basta que o ente estatal, na condição de legítimo a direcionar políticas de desenvolvimento urbano, determine a atuação do autor, para que, ao utilizar o imóvel seguindo o direcionamento, acabe por implicar prejuízos ao ocupante do imóvel vizinho.

O fato de terceiro ser abordado como uma das hipóteses de rompimento do nexo de causalidade, não exime o dever de indenizar, apenas dá um novo direcionamento, deixando de se atribuir ao autor que estava sendo acusado, para alcançar o terceiro, cujo comportamento foi apontado como sendo o verdadeiro causador do dano.

Só que, nesta hipótese, o Estado não é efetivamente o terceiro, ou seja, ele não se apresenta como verdadeiro causador do dano, não obstante a determinação expedida ter sido decisiva para que o autor efetivasse a conduta, e em razão dela, a vítima suportasse o dano.

O autor só realizou a conduta porque não desejava incorrer na respectiva penalidade e por se tratar de uma obrigação imposta pelo Estado, ou seja, ele agiu para atender determinação legal.

Diante do poder de ingerência estatal no processo de construção do ambiente urbano, concretizando a hipótese, não haverá o direcionamento da responsabilidade para o Estado, que apenas exerceu o dever regulamentar. Nesse caso, o dever de indenizar deixará de existir, já que o particular poderá se eximir da responsabilidade, pois sua conduta representou o exercício regular de um direito.

A hipótese, nesse caso, não representa rompimento do nexo causal, mas verdadeira exclusão de ilicitude da conduta. Não tendo contrariado a ordem jurídica, o ato não poderá ser considerado ilícito, e por isso não implicará ao autor o dever de indenizar, nos termos do artigo 188, inciso I do Código Civil.

As exigências para concessão de parcelamento do solo urbano, a definição quanto à destinação de determinados imóveis, a determinação quanto ao padrão de construção, ao tombamento e a outros atos administrativos, são exemplos de

interferências estatais que poderão influenciar no comportamento do proprietário ou possuidor, que, para cumprir a determinação estatal, poderá interferir lesivamente no interesse do ocupante do imóvel vizinho.

7.4 A Exclusão de Ilícitude em Face da Mitigação do Dever de Construir: Ausência de Infraestrutura Urbana

A escassez de espaços disponíveis junto às grandes cidades mundiais e o aumento da demanda populacional por moradia, além de outros fatores, fazem com que não seja mais tolerada a existência de imóveis urbanos voltados exclusivamente ao mercado especulativo, causando danos àqueles que estão ao seu redor, e à coletividade, que sofre influência direta.

Como já especificado, a administração pública responsável por políticas de desenvolvimento urbano deverá coibir a efetivação de condutas especulativas, regulando a forma de ocupação dos espaços urbanos, para que sejam estabelecidos critérios de utilização e a respectiva punição para hipóteses de descumprimento.

No Brasil, a partir da constitucionalização da política urbana, a consolidação da função social como princípio estruturante do conceito de posse e propriedade e a inclusão da moradia como direito fundamental, a incumbência de zelar pelo correto ordenamento das cidades deixou de ser considerada uma atribuição exclusiva do Estado, passando a fazer parte das atribuições de cada cidadão urbano, que direta ou indiretamente, tem o seu direito atingido a partir de ações ou omissões decorrentes do uso inadequado do imóvel.

Porém, quando se fala de aproveitamento adequado dos espaços urbanos não representa, necessariamente, a construção ou edificação no seu interior. Trata-se da finalidade para a qual o uso do imóvel está voltado. É óbvio que a construção de prédios comerciais, ou casas para moradia são imprescindíveis para que a cidade seja inclusiva e socialmente justa, mas, em alguns casos, exige-se que o imóvel urbano seja ausente de qualquer construção, ou que admita a edificação em índices inferiores, para que possa atender à finalidade que mais interessa a coletividade.

Nesses casos, não pode ser considerada ilícita a conduta omissiva do proprietário ou possuidor que consista na não edificação no imóvel urbano, mesmo

que, em razão da sua atitude, o ocupante do imóvel vizinho sofra algum tipo de interferência prejudicial.

Os Municípios, exercendo a atribuição constitucional de promoção de políticas voltadas ao desenvolvimento urbanístico, possuem autonomia para delimitarem critérios e índices de ocupação das áreas urbanas. Por lei municipal, cada cidade pode ser dividida por zonas, compreendidas por espaços territoriais pré-definidos, levando-se em consideração o planejamento já realizado.

Para cada zona, corresponde um objetivo específico. Sendo assim, a cidade pode se dividir em espaços onde predomina, por exemplo, o desenvolvimento de atividades comerciais e industriais, em outros, a moradia de seus habitantes, e em outros ainda, a proteção ambiental. Dessa forma, justifica-se o estabelecimento de critérios e restrições distintas para ocupação de áreas conforme a zona onde ela se encontra.

Para exemplificar esta forma de planejamento, fundamentada na divisão territorial da cidade em consonância com a vocação de área, pode-se analisar a hipótese da cidade de Belo Horizonte/MG. Na lei municipal nº 7.166, de 27 de agosto de 1996, ficaram estabelecidas as normas e condições para o parcelamento, ocupação e o uso do solo urbano naquele Município.

Pelo artigo 5º da mencionada legislação, tem-se a previsão no inciso III, da “Zona de Adensamento Restrito”, cujo índice de ocupação deveria ser abaixo do restante da cidade, para que determinadas finalidades sejam atendidas.

No artigo 8º da mencionada legislação, conceitua-se “Zona de Adensamento Restrito” como sendo regiões em que a ocupação é desestimulada, em razão da ausência ou deficiência de infraestrutura. (BELO HORIZONTE, 1996).

Pode-se notar que, neste caso concreto, tem-se a cidade de Belo Horizonte, com sua imensa demanda por moradia, por regularização fundiária em face de áreas indevidamente ocupadas, por mobilidade urbana, e ainda sim, conta com legislação municipal que prevê a existência de áreas cujo índice de ocupação deve ser o mínimo possível.

Trata-se de hipótese que retrata a realidade das grandes cidades brasileiras, que, não obstante expressarem problemas gravíssimos de carência de espaços urbanos disponíveis para implementação de direitos fundamentais da sua população, ainda contam com áreas urbanas com a possibilidade de ocupação completamente impedida ou mitigada.

Não há que se falar em valores distorcidos, ou mesmo de decisão administrativa discriminatória ou distante da real necessidade das cidades, mas de medidas de planejamento, que, ao lado do reconhecimento da imprescindibilidade do atendimento de direitos fundamentais como a moradia, igualmente reconhece o necessário atendimento a outros interesses, igualmente voltados para o atendimento do bem-estar coletivo.

Fica evidente, sobretudo a partir desta hipótese exemplificativa, que o dever de construir junto aos imóveis urbanos não deve ser estendido a todos os proprietários ou possuidores de imóveis localizados em uma cidade. Como já esclarecido, quando foi tratado acerca do enquadramento da referida conduta à condição de ato ilícito em sentido estrito, a ação ou omissão consistente em não edificar o imóvel urbano será considerada contrária ao ordenamento jurídico brasileiro quando o respectivo Município prevê que os imóveis localizados em determinada área deverão obedecer a índices de ocupação mínimos.

Sendo assim, a existência ou não de ilicitude na conduta omissiva do autor dependerá do local onde o imóvel se localiza e dos índices de ocupação previstos para a respectiva área. Havendo tal previsão, e sendo os respectivos índices compatíveis com a não edificação no imóvel, a conduta do autor que deixa de construir em seu bem deixa de ser ilícita, por estar em consonância com o ordenamento jurídico.

Mesmo não havendo tal previsão em legislação local, igualmente não há como exigir de um proprietário que se utilize do seu imóvel, nele implementando estrutura física adequada e suficiente, se ao seu redor não são disponibilizadas condições mínimas para tal.

Não há como impor dever de indenizar a alguém que mantém o seu bem imóvel na forma originária, quando ao seu redor não se observa rede mínima de saneamento básico, iluminação pública, instalação hidráulica, energia elétrica, arruamento adequado, entre outros fatores.

Implica dizer que o proprietário ou possuidor que deixar de construir no seu imóvel exclusivamente por ausência de condições mínimas para tal realização e, mesmo assim, causar prejuízo aos ocupantes de áreas vizinhas, de ordem patrimonial ou moral, terá a sua responsabilidade civil excluída, em face da ausência de ilicitude na conduta, havendo ou não previsão legal quanto aos índices mínimos de ocupação.

De fato, não há ilicitude, mas há prejuízo e deverá ser suportado individualmente ou por toda coletividade. Nesses casos, não sendo eles causados pela própria vítima, há que se buscar a responsabilização daquele que praticou a conduta que realmente pode ser considerada causa do resultado.

Apesar de a competência legislativa e administrativa quanto à implementação da estrutura urbana das cidades brasileiras ser direcionada ao ente público municipal, a incumbência quanto à construção de infraestrutura básica dentro de um loteamento urbano é repassada ao responsável pelo respectivo parcelamento do solo urbano.

A Lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, em seu artigo 18, exige, como condição para o registro do loteamento urbano junto ao Cartório de Registro Imobiliário, a apresentação do comprovante de aprovação do mencionado parcelamento, bem como comprovação de que a área conta com infraestrutura básica já implementada ou, no mínimo, cronograma de execução com prazo máximo de 04(quatro) anos. (BRASIL, 1979).

Com esta previsão, fica evidenciado que a responsabilidade pela implementação de condições mínimas para se ocupar o solo urbano, retirando dele todas as utilidades em plena consonância com a função social da propriedade, é daquele a cargo do loteamento e não, necessariamente, do poder público.

Sendo assim, uma vez constatada que a não edificação do solo urbano se deu em face da ausência de infraestrutura básica para tal realização, causando dano individualizado ou à coletividade, o dever de indenizar deverá ser direcionado ao verdadeiro responsável pela conduta que é considerada causa direta e imediata do prejuízo, no caso, o respectivo loteador.

8 CONCLUSÃO

Os desafios decorrentes da convivência entre as pessoas dentro de um ambiente urbano levam o direito ao retorno obrigatório à sua origem e significação.

Se o direito existe para viabilizar a vida humana em sociedade, a cidade representa uma oportunidade ímpar para demonstrar a sua efetividade, por corresponder a um espaço pré-determinado, onde um grande número de pessoas convive, com interesses e anseios diversos.

O direito de propriedade é uno, tendo o seu significado relacionado à exclusividade, independente do bem sobre o qual é exercido. Porém, quando incidente sobre um imóvel localizado em ambiente urbano, o exercício da individualidade estará vinculado ao atendimento do interesse coletivo, concomitante.

Dessa forma, não obstante o bem continuar sendo exclusivo, a sua utilização deverá gerar benefícios não só para o seu titular, mas para toda a comunidade onde ele se encontra inserido.

A abordagem histórica acerca do direito de propriedade, tendo a incidência da individualidade ou coletividade como parâmetro de análise, demonstrou que não há uma linha evolutiva apontada para uma mesma direção. Ou seja, não se pode afirmar que a função social da propriedade representa um conceito evolutivo deste instituto eminentemente privado.

Por outro lado, a consolidação das cidades como locais de habitação e trabalho dos indivíduos, fez com que o interesse coletivo incidente sobre os espaços urbanos fosse inserido no próprio conceito de propriedade. O conjunto de indivíduos, na condição de titular de direito, não poderá ser prejudicado em decorrência do exercício do direito de propriedade, mesmo que sua titularidade seja atribuída de forma exclusiva e pessoal.

Não é a propriedade do imóvel que interessa à coletividade, mas os efeitos decorrentes do seu exercício. A utilização conferida ao bem imóvel é que deverá ser revertida em favor do interesse geral, compatibilizada com a vontade individual do proprietário.

O crescimento populacional nas cidades, decorrente de movimentos migratórios ou fruto da reprodução natural daqueles que já habitavam neste ambiente, frente à limitação territorial, faz com que a grande maioria dos conflitos

tenha como justificativa a disputa por espaços ou as interferências geradas pela sua utilização

Pode-se dizer que o conflito é imanente ao espaço urbano, pois lançam-se interesses em diferentes direções, sendo inevitável a efetivação de algum choque. O interesse individual corresponde aos anseios, aspirações e necessidades de cada habitante, ou seja, de conteúdo eminentemente subjetivo. Ocorre que, em uma cidade, milhares de individualidades e subjetividades são expostas por condutas que nem sempre correspondem com os ditames previstos no ordenamento.

A relevância que se confere aos espaços urbanos não decorre somente do interesse daquele que necessita de local apto a firmar moradia, mas em decorrência da possibilidade de utilizá-lo como meio de se obter riqueza. Sendo assim, a consequência lógica deste processo valorativo é a disputa incessante pela conquista da titularidade do direito de propriedade, ou mesmo de posse, sobre um imóvel urbano.

Ao lado da importância revestida em favor de cada habitante de uma cidade, o imóvel urbano também representa objeto imprescindível à coletividade, entendida como uma abstração que corresponde ao interesse de todos que habitam no mesmo ambiente. Neste caso, não se trata da necessidade de apropriar-se de espaços urbanos, mas de ter a sua utilidade revertida em favor da cidade.

Dessa forma, a propriedade representa o direito incidente sobre o bem, neste caso o imóvel urbano, cujo exercício corresponde ao atendimento de um interesse individual e coletivo. Por esta razão, a propriedade tem o seu conceito definido a partir das previsões constitucionais relacionadas especificamente à função social, como princípio fundamental (art. 5º, inciso XXIII), como condição ao ordenamento urbano (art. 182, parágrafo 2º) e como elemento necessário a ordem econômica (art. 170, inciso III).

Seguindo coordenação disposta no texto maior, as leis infraconstitucionais conferem concretude ao que fora determinado, estabelecendo regras específicas voltadas à utilização do direito de propriedade. Tem-se a Lei 10.275/2001 – Estatuto da Cidade e os planos diretores dos Municípios, como exemplos de normas de caráter cogente, responsáveis pelo direcionamento de condutas efetivadas pelos proprietários, estabelecendo critérios de utilização do imóvel urbano.

Considerando a estrutura normativa da função social, e sua inclusão no próprio conceito de propriedade, passou-se a considerar a conduta do proprietário

ou possuidor, em que ele se utilize do seu imóvel urbano em desconformidade com a função social, contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo desta tipificação e dos conceitos de ilicitude, dano, nexos causal e culpabilidade, conferidos pelo Código Civil brasileiro, chegou-se à conclusão de que a conduta que descumpra a função social da propriedade imobiliária urbana poderá ser objeto de responsabilidade civil.

Diante das inúmeras possibilidades de o proprietário ou possuidor desviar-se da função social quando utilizar o seu imóvel urbano, foi especificada como hipótese concreta de análise a conduta correspondente à inutilização ou subutilização do imóvel, mais precisamente, o descumprimento do dever de edificar, com finalidade especulativa.

A lesividade desta conduta não oferece risco somente aos interesses coletivos. Mesmo assim, o que se observa é a incidência normativa e a respectiva atividade fiscalizatória promovida exclusivamente pelos órgãos da administração pública municipal, incidente sobre a utilização especulativa de imóveis.

Para tanto, utilizando-se da autorização constitucional e da regulamentação promovida pelo Estatuto da Cidade, o plano diretor dos Municípios e demais leis municipais, índices mínimos de ocupação são estabelecidos a fim de evitar que imóveis permaneçam sem qualquer edificação, impedindo que dele se extraia algum proveito social.

Para concretizar este desiderato, o ente público se utiliza dos institutos previstos no Estatuto da Cidade, como a notificação para parcelamento, edificação e utilização compulsórios, o IPTU progressivo e a desapropriação-sanção, em sequência.

A iniciativa legislativa e a atividade fiscalizatória representam atuações relevantes e imprescindíveis para o ordenamento urbano, inibindo a prática especulativa, e promovendo a adequada ocupação dos espaços. Mesmo assim, não deixa de ser uma atividade institucional, independentemente da vontade individual de cada proprietário ou possuidor, fazendo com que o seu interesse não seja necessariamente tutelado.

São nas relações de vizinhança que se observa o maior grau de interação e influência das condutas efetivadas pelos proprietários e ocupantes de imóveis urbanos. As consequências oriundas de uma ação ou omissão de um proprietário são quase que instantaneamente sentidas pelo ocupante de um imóvel vizinho.

Em uma situação como esta, a simples existência de um imóvel sem qualquer tipo de edificação ou benfeitoria, relegado a um estado original, não representa ofensa exclusiva às normas urbanísticas, dando ensejo à atuação da fiscalização municipal, mas risco lesivo às pessoas que são obrigadas a conviverem com aquela situação dentro de determinado espaço territorial.

Por esta razão, a incidência do dever reparatório representa a possibilidade do vizinho, na condição de vítima de prejuízo decorrente da conduta omissiva do proprietário ou possuidor, buscar a reparação de um dano que tenha relação direta com a atividade especulativa.

Nas relações de vizinhança, o Código Civil (art. 1.277) estabelece, como cláusula geral, que o ocupante de um imóvel poderá requerer a interrupção de qualquer atividade que esteja causando interferências prejudiciais à sua segurança, sossego ou saúde. Outros dispositivos igualmente preveem direitos aos vizinhos prejudicados pela conduta do proprietário ou possuidor, mas tendo como pressupostos ações concretas, como a edificação de um imóvel, a efetivação de alguma atividade industrial, a emissão de sons, entre outras.

A conduta lesiva ora representada, por não corresponder expressamente a algum modelo exposto no Código Civil como uso anormal da propriedade, não é comumente utilizada como objeto de tutela voltada aos direitos de vizinhança. Mesmo assim, é evidente que a existência de um imóvel “baldio” ou sem qualquer edificação, possa gerar interferência lesiva ao ocupante do imóvel vizinho.

Ocorre que a omissão representada pelo descumprimento do dever de edificar, quando o próprio ordenamento determina que para determinada localidade deva ser respeitado índice mínimo de ocupação em cada imóvel, além de representar conduta contrária ao direito, pode ser considerada causa direta de dano, patrimonial ou moral, ao vizinho impactado.

O estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta omissiva e o dano suportado pela vítima (vizinho) deve ser estabelecido levando-se em consideração todas as circunstâncias fáticas que se relacionaram com o fato, não obstante a imprescindibilidade das teorias de causalidade. Mesmo assim, refere-se à atividade revestida de elevado grau de complexidade, já que em um ambiente altamente interativo, como constatado nas relações de vizinhança, vários fatores podem ser igualmente considerados lesivos.

Uma vez estabelecida a relação causal, bem como a demonstração efetiva do dano suportado pelo vizinho, a conduta omissiva-especulativa do proprietário deve ser passível de incidência da obrigação indenizatória. Para tanto, considera-se ilícita esta conduta por representar omissão ofensiva ao direito, ou por caracterizar o exercício de um direito desviado de sua finalidade social, artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro, respectivamente.

Mostra-se relevante tal alcance, não só em face da tutela individual do vizinho (proprietário ou possuidor), que terá a oportunidade de retornar ao *status quo*, pelo dever reparatório atribuído ao autor da conduta omissiva, mas para coletividade, como instrumento voltado à ocupação adequada e harmônica dos espaços urbanos.

A urbanização adequada de uma cidade representa um processo que prescinde de planejamento e organização, mas não poderá ser alcançada sem a convergência de interesses individuais. A garantia de uma cidade inclusiva e, ao mesmo tempo, assecuratória dos direitos privativos de seus ocupantes, pressupõe não só a interferência fiscalizatória do poder público, mas, sobretudo, a concessão de autonomia para que cada prejudicado exerça a defesa de seus interesses quando comprovadamente violados.

REFERÊNCIAS

ACIOLY, Cláudio; DAVIDSON, Forbes. **Densidade urbana: um instrumento de planejamento e gestão urbana**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Os contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro**. Brasília: Revista Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 28, 2005.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALGRANTI, Leila Mezan. **D. João VI: bastidores da independência**. São Paulo: Ática, 1987.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**. n. 217, 1999.

ALVIM, Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: CAHALI, Yussef Said. **Posse e propriedade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

AQUINO, Tomas de. **Suma teológica**. São Paulo: Loyola, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARRETCHE, Marta. Intervenção do Estado e setor privado: o modelo brasileiro de política habitacional. **Espaço & Debates**, São Paulo, nº 31, 1990.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil - reais**. 5.ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

BACQUE, Jorge A. **Derecho, filosofia y lenguaje**. Buenos Aires: Astrea, 1976.

BECCARIA, Cesare.. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torriere Guimarães. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

BRASIL, Luciano de Faria. O conceito de ordem urbanística: contexto, conteúdo e alcance. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, número 6909, 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras**. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1987.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev.2016.

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 set. 2016.

BRASIL, Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850. **Estatuto de Terras**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08 fev. 2016.

BRASIL, Lei 6.766/79. **Lei de Parcelamento do Solo Urbano**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL, Lei 7.347/85. **Lei de Ação Civil Pública**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 06 set. 2016.

BRASIL, Lei 8.078/90. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 04 set. 2016.

BRASIL, Lei 10.257/2001. **Estatuto da Cidade**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 07.08.2016.

BUENO, Vera Scarpinella. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARLOS, Ana Fani Alessandri. **Diferenciação sócio-espacial, escalas e práticas espaciais**. São Paulo: Contexto, 2007.

CASTRO, Áurea Lúcia Chaves. **A transformação do direito de propriedade e da posse no século XXI: a importância do princípio constitucional da função social e o desenvolvimento da posse 'maxiqualificada'**. 2011. 155f. dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

CAVALIERI FILHO, SERGIO. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003.

COSTA, Álvaro. **Do Princípio da Boa-fé**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará – Centro de Estudos Sociais Aplicados, 1947.

COSTA, Caroline Amorim. Da função social da propriedade privada: aspectos doutrinários e inserção no direito brasileiro. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; ARAÚJO, Marinella Machado (org.). **Temas de Direito Civil**. Belo Horizonte: D'Placido Editora, 2013. Cap. 4, p. 49-59.

CRULS, Gastão. **Aparência do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1952.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ENGELS, Friecrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

FABRI, Andéa Queiroz. **Planejamento econômico e mercado: aproximação possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos de vizinhança e o Novo Código Civil Brasileiro: uma sucinta apreciação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.) **Questões controversas no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2004

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direitos Reais**. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

FESSEL, Regina Vera Villas Boas. Direitos de Vizinhança. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Doutrina Especiais – Responsabilidade Civil - Teoria Geral**. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FRANKENA, Willian K. **Ética**. Tradução de *Ethics*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

GAMA, André Couto. O Princípio da Reparação Integral no Direito Privado. In: FIUZA, Cesar, FREIRE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Atualidades III – Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Laurentino. **1808**: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. Vol. IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: RT, 1983.

GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (Direito Econômico). **Enciclopédia Saraiva do Direito**, v.39. São Paulo: Saraiva, 1979.

GRAHAM, Maria. **Diário de uma viagem ao Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1956.

GROSSI, P. **An alternative to private property**: collective property in the juridical consciousness of the nineteenth century. Londres e Chicago: The University of Chicago, 1981.

HESPANHA, A. M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 2000.

JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Porto Alegre: [s.n.] 2006. Disponível em [HTTP://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochlle.pdf](http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochlle.pdf). Acesso em 20 de novembro de 2016.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. Direitos autorais na internet. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Teoria Geral**. Responsabilidade Civil v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. atualiz. Ovidio Rocha Barros. São Paulo.

Revista dos Tribunais, 2004.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACPHERSON, C.B. 1979. **A Teoria Política do Individualismo Possessivo: de Hobbes a Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: RT, 1981.

MELO, Lígia. **Direito à Moradia no Brasil – Política Urbana e Acesso por meio da Regularização Fundiária**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano. 96, n. 860, jun. 2007.

MONREAL, Eudardo Novoa. **El derecho de lapropiedad privada**. Colombia: Temis, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRI, André Del. **A divisão no espaço urbano**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NORONHA, Fernando. O ato ilícito nos contrato e fora deles. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Teoria Geral**. Responsabilidade Civil v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4: direitos reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PERERIA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINCHEMEL, Ph. **Géographie de la France, II: Lesmilieux: campagnes, industries et Villes**. Paris, Armand Colin, 1964.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POLI, Luciana Costa; POLI, Leonardo Macedo. **Breves apontamentos sobre ato ilícito e responsabilidade civil**. Belo Horizonte: 2012. Disponível em [HTTP://docplayer.com.br/5262396-Breves-apontamentos-sobre-ato-ilicito-e-responsabilidade-civil.html#show_full_text](http://docplayer.com.br/5262396-Breves-apontamentos-sobre-ato-ilicito-e-responsabilidade-civil.html#show_full_text). Acesso em 20 de novembro de 2016.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICCITELLI, Antônio. **Direito Constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Barueri-SP: Manole, 2007.

RIFKIN, J. **A era do acesso**: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. Trad. Maria Lúcia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2001.

RODOTA, Stefano. **El terrible derecho**: estudios sobre lapropriedad privada. Madri: Civitas, 1987.

RUGENDAS, Johann Moritz. **Viagem pitoresca pelo Brasil**. Rio de Janeiro: Revista da Semana, 1937.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. O princípio do pleno ressarcimento e indenização punitiva. In: FIUZA, Cesar, FREIRE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). **Atualidades III – Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Edusp, 2009, p. 107.

SANTOS, Milton. **Manual da Geografia Urbana**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 8. ed. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

SPOSITO, Encarnação Beltrão (org.). **A produção do Espaço Urbano**: agentes e processos, escalas e desafios. São Paulo: Contexto, 2014.

SPOTA, Alberto G. **Tratado de derecho civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

TADEU, Silney Alves. Nexo Causal e Causas de Exoneração. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Teoria Geral**. Responsabilidade Civil v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Método, 2012.

TEIXEIRA, Joaquim de Souza. “Liberdade”.In: **Polis-Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado**. Lisboa: Editorial Verbo, 1985.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIAL, S. R. **Propriedade da Terra: análise sociojurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIANA, Marco Aurelio S. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILA NOVA, Sebastião. **Introdução à Sociologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. Visão geral do projeto de código civil. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, ano 5, n. 10, 2001.

WALD, Arnold. **Direito Civil: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnoldo. **Direito das Coisas**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.