



# FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LIVRE INICIATIVA. UMA ANÁLISE DA PROIBIÇÃO DE COBRANÇA DO USO DO ESTACIONAMENTO PELOS SHOPPING CENTERS

---

*Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

Este artigo analisa a necessidade da interpretação harmônica entre a função social da propriedade e a livre iniciativa, com base nos direitos sociais e econômicos previstos na Constituição Federal de 1988, assim como na aplicação dos princípios constitucionais da solidariedade e da justiça social.

## **Palavras-chave**

Direitos fundamentais. Harmonização e concordância prática. Propriedade privada e sua função social. Livre iniciativa. Solidariedade. Justiça social.

## **ABSTRACT**

This article analyses the needs of a harmonic interpretation between the social function of the property rights and private initiative, from the perspective of the social and economic fundamental rights contemplated in the constitution, as well as the application of the constitutional principles of solidarity and social justice.

## **Key-words**

Fundamental rights. Harmonization and practical concordance. Private property and its social function. Private Initiative. Solidarity. Social Justice.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela UFMG/Universidade de Frankfurt. Procurador do Município de Fortaleza.

*Não se pode imaginar existência de Nação,  
existência de Estado, sem vida Municipal.*

Rui Barbosa<sup>2</sup>

A redefinição do direito privado a partir dos princípios acolhidos por nossa Constituição e o necessário giro hermenêutico pós-88, condicionando a leitura do direito civil a partir do direito constitucional, atribui valor fundante à pessoa humana e à sua dignidade num sistema regulador da convivência entre iguais<sup>3</sup>.

A proteção irracional e desmedida da propriedade cede espaço, hodiernamente, a valores superiores, mais próximos das idéias de Humanidade, Solidariedade e Justiça Social. A tutela jurídica da propriedade comunga espaços com a densificação de sua função social; a tutela jurídica da empresa e do empreendimento não se afastam do seu comprometimento social.

Em se tratando da constitucionalidade de lei municipal que proíbe a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, a questão pode ser analisada sob dois aspectos: o da constitucionalidade formal e o da constitucionalidade material.

Sob o primeiro aspecto, deve-se compatibilizar a competência constitucional do Município para legislar sobre *assuntos de interesse local* (ou peculiar interesse) com a competência constitucional da União Federal para legislar sobre *direito de propriedade*. Em outras palavras: ao impedir, por via legal, a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, resta investigar se o Município invade esfera de competência da União para legislar sobre direito de propriedade; mais especificamente ainda: sobre restrições ao uso do direito de propriedade.

Na segunda abordagem, a questão gira em torno de saber se é possível ao Município vedar ao *shopping center* a cobrança pelo uso do estacionamento que está à disposição dos usuários; a análise se volta, neste passo, sobre a questão da proporcionalidade de um tipo - ou modo - de *restrição legal ao uso da propriedade privada*, bem como saber se há, de fato, indevida interferência do Poder Público no âmbito da livre iniciativa, relevante ponto da tutela constitucional da ordem econômica.

Tenha-se desde logo que *a propriedade privada é ao mesmo tempo um direito (subjetivo) fundamental e uma instituição em que radica, dentre outros fundamentos, a legitimidade de um Texto Constitucional num Estado Democrático de Direito: a Constituição a reconhece como direito fundamental e lhe prescreve, ao mesmo tempo, o perfil de garantia institucional*. O sistema constitucional, destarte, tutela a propriedade enquanto direito fundamental e garantia institucional, impondo ao legislador o dever funcional de legislar tendo por fim assegurar sua existência

<sup>2</sup> Rui Barbosa. Habeas Corpus em defesa da Autonomia dos Municípios Baianos. STF. Sessão de 29.10.1919. *Tribuna Judiciária*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1958, p. 289-298.

<sup>3</sup> Cf. PERLINGERI, Perlinger. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. RJ: Renovar, 1999. Ver, também: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

como direito e sua utilidade enquanto instituto jurídico<sup>4</sup>.

Ao mesmo tempo em que garante a propriedade, a Constituição prevê a sua função social. Dito de outro modo: a Constituição conforma a propriedade e o seu exercício à sua função social; desde o exato momento em que entrou em vigor a CF/88, o tempo passado se faz tempo presente na constância e no ritmo dos diversos momentos em que o STF tem sido convocado a concretizar este princípio constitucional. Não se trata aqui de *relativizar* o direito fundamental, mas de *conformá-lo ao interesse da Comunidade e restringi-lo para garantir essa função social mesma*.

A propósito, Gilmar Ferreira Mendes cita decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em cuja argumentação ressalta a faculdade confiada ao legislador, decorrente da própria *ratio* do sistema constitucional, de *regular e disciplinar* o direito de propriedade, compatibilizando a sua utilidade privada com o interesse social; *ponderação* essa, aliás, comum a todos os direitos fundamentais. Como resultado, tem-se uma “ordem de propriedade socialmente justa” e equilibrada [BVerfGE, 25, 112 (117)].<sup>5</sup>

Destaca ainda Gilmar Mendes, também com apoio na Corte Constitucional alemã, que “a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social”<sup>6</sup>. Esta liberdade na definição do conteúdo e extensão do direito de propriedade deverá, a exemplo do que ocorre com os demais direitos fundamentais, preservar – em cada caso e segundo os bens e valores ponderados - o denominado *núcleo essencial* do direito: a utilidade privada e principalmente o *direito de disposição*, não podendo o legislador, a pretexto de vincular socialmente a propriedade, disponibilizá-la única e exclusivamente a serviço do Estado ou da Comunidade. Identificam-se, aqui, duas situações bem definidas: medidas *restritivas* ou *conformativas* e medidas *expropriatórias* do direito de propriedade, cada uma com tratamento constitucional diverso.

Tem-se, no caso, um *aparente conflito: o direito individual à propriedade (particular) deve ser mediado, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, com legítimas exigências de ordem comunitária, garantidas por regras de Direito Público (universal). A singularidade da medida restritiva deverá resultar, para ser legítima, da solução dialética desses dois pólos segundo uma razão de proporcionalidade*.

Excluo, desde logo, a assertiva de que as leis municipais que disciplinam a possibilidade de cobrança pelo uso de estacionamento em *shopping centers* [em Fortaleza, a lei municipal 9.190/2007] tenham caráter expropriatório ou criem qualquer restrição inconstitucional de direito administrativo ao uso normal da

<sup>4</sup> Cf. MENDES, Gilmar. In: *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 154-159. Ver ainda: PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3ª. ed. RJ: Forense, 1987, p. 395.

<sup>5</sup> Cf. MENDES, G. op. cit. p. 154-155.

<sup>6</sup> MENDES, G. op. cit. p. 156.

propriedade. Maior acerto está em tratá-las como *leis restritivas ou conformadoras do exercício do direito segundo uma exigência de cunho social, posta na Lei Fundamental*.

O Supremo Tribunal Federal, assumindo a responsabilidade de exercer a função constitucional de guardião da Constituição desde quando instalado, não hesitou, *em pleno Estado Novo*, a deixar bem claro: *a propriedade nunca foi um “poder sem contraste”, um “direito absoluto, incompatível com as exigências do consórcio civil”*. Analisando a constitucionalidade do Decreto-lei n. 25, de 30.11.37, que dispunha sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, o Min. Orozimbo Nonato assim proclamou em seu voto:

É à luz da concepção constitucional da propriedade – direito relativo em que vive muito daquilo a que Duguit chamou dever social – que a meu ver, deve a questão dos autos ser solvida. (...) O que, ao meu ver, retira ao Decreto a balda de inconstitucional, é a própria concepção de propriedade na Constituição, que proclama a possibilidade de se dar ao conteúdo desse direito definição e, pois, limitação, em lei ordinária.<sup>7</sup>

A análise do modelo constitucional de proteção da propriedade como direito subjetivo público e como garantia institucional leva a concluir pela inafastável possibilidade e pela indeclinável exigência constitucional de *redefinição legal do seu conteúdo, imprimindo-lhe nova e imediata conformação* (STF, RE 94.020, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 104/269), *inclusive de caráter restritivo*. Desse modo, e seguindo as conclusões do Min. Gilmar Mendes, o legislador, a pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade:

- a) não pode *suprimir* a utilidade privada do bem para seu titular (proteção ao núcleo essencial);
- b) ao disciplinar o modo de existência ou a forma do seu exercício, não pode tornar *impossível* a aquisição ou o exercício desse direito<sup>8</sup>.

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 94.020, de que foi Relator o Min. Moreira Alves, fixou a *tese jurídica* de que 1) não existe direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito; 2) ainda que se admita ser a propriedade um direito individual, a lei nova pode criar um pressuposto legal (*conditio iuris*) para a conservação desse direito, e estabelecer um prazo para o cumprimento desta *conditio*, sob pena de decadência do direito; 3) tal hipótese é a mesma daquela contida no Enunciado 170 da Súmula de jurisprudência do STF:

Com efeito, em matéria de direito adquirido, vigora o princípio - que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Que isto dizer que, se a lei nova modificar regime jurídico de um instituto de direito (*como o é a propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel ou de marca*), essa modificação se

<sup>7</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Julgada em 17.06.1942. Rel. Min Castro Nunes. RDA n. 2, p. 100 (esp. p. 113). *Apud*, MENDES, Gilmar, *op.cit.*, p. 160, com citações de vários acórdãos posteriores no mesmo sentido.

<sup>8</sup> Cf. MENDES, G., *op.cit.*, p. 163.

aplica de imediato.<sup>9</sup>

Pode-se ainda, sobre o assunto, colher as lições de André Ramos Tavares, quando se refere ao “caráter dúplice” do direito de propriedade:

Como direito individual, o instituto da propriedade, como categoria genérica, é garantido e não pode ser suprimido da atual ordem constitucional. Contudo, seu conteúdo já vem parcialmente delimitado pela própria Constituição, quando impõe a necessidade de que haja o atendimento de sua função social, assegurando-se a todos uma existência digna nos ditames da justiça social.<sup>10</sup>

Admita-se desde logo a existência de um contexto social-normativo *diverso* daquele em que inspirado o Código Civil de 1916: o direito de propriedade, no caso de que se cuida, não pode servir de escudo para que se aumente de forma desmedida o lucro da empresa, ao exigir-se uma prestação pecuniária sem causa: o *shopping center* deve manter e propiciar aos consumidores condições adequadas de tráfego, de pessoas e veículos, de higiene e de segurança, porque assim o impõe a sua própria existência e função no sistema econômico. A tutela do consumidor que deve ser feita pelo *shopping* não se destina, aqui, ao útil, ou ao belo; mas ao funcional, ao seguro, ao limpo e higiênico. A estética tem a ver com a relação comércio-cliente/consumidor, mas o *shopping*, enquanto empresa, não pode se furtar à presença do Poder Público, federal, estadual e municipal, na tutela do cidadão-consumidor.

*Daí porque o direito de propriedade, no presente contexto, está vinculado à sua função social; intimamente conexo à sua função institucional. O significado do bem para o proprietário, aqui, não é exclusivo; também tem possui significação para os usuários e consumidores.*

Parece óbvio que a norma-princípio atinente à *função social da propriedade* vem juntar-se à moldura dogmático-constitucional em favor da constitucionalidade da proibição de cobrança pelo estacionamento dos consumidores. Dizer que a propriedade deve cumprir uma função social (CF, art. 5º., XXIII) é o mesmo que afirmar que a propriedade, enquanto direito fundamental (aspecto *estrutural*) tem a sua *legitimidade* aferida o tanto quanto mais o seu exercício cumpra funções destinadas à implementação dos ditames constitucionais de justiça social (aspecto funcional; CF, Art. 3º. e 170) – no caso vertente, com as exigências político-constitucionais de justiça social e de tutela ao consumidor. Trata-se de **mandamento constitucional** a ser observado e implementado na dialética de sua interpretação.

Pontes de Miranda, nessa ordem de idéias, manifesta entendimento consolidado desde a década de 30, do século passado: a Constituição Federal garante a propriedade como *instituição* fundamental à própria estabilidade das relações na comunidade política; mas essa mesma instituição é suscetível de mudanças e regulamentação, desde que implementadas por lei, a qual definirá

<sup>9</sup> Cf. [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

<sup>10</sup> Cf. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 611.

o seu conteúdo e os seus limites e regulará o seu exercício.<sup>11</sup>

José Afonso da Silva<sup>12</sup>, a seu turno, não permite que se tenham mais quaisquer dúvidas a respeito:

... não há como escapar ao sentido de que [a Constituição] só garante o direito de propriedade que atenda à sua função social"; "... a Constituição mesma já traça notáveis transformações na velha concepção de propriedade"; "... a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas em relação com os diversos tipos de bens e de titulares....

Conclui o autor:

Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social, e outra a propriedade privada. (...) No estado das concepções atuais, e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico. Cada qual dos tipos pode estar sujeito – e estará – a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade. Tudo isso, aliás, não é difícil de entender desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.

A idéia de funcionalização da propriedade não é privilégio dos modernos. Trata-se de um modo de pensar a estrutura desta garantia fundamental que acompanha o desenvolvimento da História intelectual do Ocidente. Santo Tomás de Aquino já proclamava: a propriedade é instituto que se fundamenta na *lei natural*; corresponde à natureza humana, porquanto necessária à sua realização. Entretanto, a natural sociabilidade humana faz com que a *lei positiva* deva impor limites e restrições ao seu exercício abusivo ou desmedido. A idéia de função social entra em cena para limitar o direito de propriedade privada, que se exerce no interior de uma comunidade política.<sup>13</sup>

Nessa ordem de idéias, é importantíssimo ressaltar que a função social da propriedade, no contexto dos princípios gerais da ordem econômica, relaciona-se com a propriedade dos bens de produção, e se dirige exatamente ao exercício da atividade empresarial, pelo que, destacando o magistério de Eros Roberto

<sup>11</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, op. cit. p. 397.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 712-713.

<sup>13</sup> Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Summa Theologica. Ila. Ilae*. q. 66. a. 2. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.

Grau, conclui José Afonso da Silva<sup>14</sup>: “... tanto vale falar de função social da propriedade dos bens de produção, como de função social da empresa, como de função social do poder econômico”.

Estes conceitos, como parece óbvio, estão inseridos num contexto maior, qual seja, o de Estado Democrático e Social de Direito, onde o modo de produção capitalista relaciona-se dialeticamente com as exigências postas pela idéia de Justiça Social, sendo tarefa dos poderes constituídos adotar este modelo constitucional no desempenho de suas funções. Busca-se, aqui, erradicar o que Pontes de Miranda denominava “componente oligárquico da Constituição”.

Não existe, no caso, conflito de princípios constitucionais no que se relaciona à propriedade e à sua função. Limitar e regulamentar não significa o mesmo que suprimir. Não obstante elencada no rol de direitos fundamentais (CF/88, art. 5º., *caput*), a propriedade é ontologicamente vinculada pela própria Constituição aos princípios da ordem econômica (Art. 170): erradica-se do âmbito do direito individual o seu componente quiritário (Min. Sepúlveda Pertence), relativizando o seu conceito e o seu significado e limitando o seu exercício, sujeitando-o aos princípios da ordem econômica, máxime ao atendimento de sua função social.<sup>15</sup>

O instituto da propriedade, como direito fundamental, não sofre mudanças em suas concepções definitórias essenciais; as determinações constitucionais e legais dizem respeito ao seu próprio conteúdo e aos limites do seu exercício. “Houve – pontifica Gilberto Bercovici<sup>16</sup> -, inegavelmente, uma mudança do substrato da propriedade, apesar de as normas civis não se terem modificado”. Muda-se a sua natureza econômica, para servir à idéia de função social, sem que tivesse sido necessária qualquer modificação nas leis civis. A funcionalização da propriedade e do conteúdo das relações privadas que daí decorrem, radica diretamente nos valores e princípios consagrados na Constituição Federal – valendo citar o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade.

Calha lembrar a lição que se extrai do profundo comentário de Hans Spanner ao art. 20, par. 1º., da Lei Fundamental Alemã<sup>17</sup>: o fato de não estar expressamente definido na Lei Fundamental o princípio do Estado Social, a sua dedução a partir do modelo de Constituição desejado pelo Constituinte de 1948 impõe ao legislador democrático e demais poderes constituídos a obrigação constitucional de positivar normas de caráter social e inclusivo, que densifiquem o princípio, voltadas especialmente para a defesa dos economicamente mais fracos, daqueles que precisam de um Estado mais eficaz na redução

<sup>14</sup>Cf. SILVA, J. loc cit.

<sup>15</sup>Cf. SILVA, J. op. cit., p. 73.

<sup>16</sup>Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-145.

<sup>17</sup>Cf. SPANNER, Hans. In: *Sozialstaat und Besteuerung-Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften*. 2. Auf. Bonn: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981, p.1228-1230.

das desigualdades sociais, buscando propiciar uma existência humana, em comunidade, que possa ser chamada de digna. Esse *indirizzo politico* também se verifica na CF/88, quando se estabelecem os *objetivos fundamentais* da República Federativa do Brasil.

Cite-se, neste passo, Gustav Zagrebelsky

En el concepto de Estado Social de Derecho se expresa esta doble caracterización de la regulación constitucional de lo económico: constitucionalización de los derechos de propiedad y libre iniciativa (derechos-voluntad) y valoración por el Estado de exigencias de justicia, sea como protección de derechos de justicia, sea como afirmación inmediata de necesidades objetivas de alcance general.<sup>18</sup>

Confira-se, ao mesmo tempo, o que ensina Maria Teresa de Melo Ribeiro, acerca do *impacto* dos postulados do Estado Social no *âmbito* do Direito Público, máxime no Direito Administrativo:

O novo modelo de Estado assume, assim, o poder-dever de conformar a ordem social, por isso se fala em Estado Social. E se a nova realidade política se repercutiu no domínio constitucional, ao nível da organização, repartição e exercício do poder político, as principais modificações decorrentes do novo modelo de Estado vão ocorrer no domínio da organização e actividade administrativas, pois é sobre a Administração Pública que recai a responsabilidade de realizar e concretizar os novos objectivos do Estado.<sup>19</sup>

No caso vertente, as normas municipais não exigem dos *shopping centers* sacrifícios superiores ou maiores do que os benefícios coletivos almejados com a medida restritiva. Tal legislação possui forte e inolvidável conteúdo de justiça social, e põe limites a uma forma anormal de exercer o direito de propriedade, incompatível com a sua função social. A propriedade, a livre iniciativa e a empresa cedem, neste caso particular, ao interesse coletivo; vergam-se à tutela, pelo Estado, dos direitos dos *consumidores, usuários* do estacionamento, *clientela cativa do shopping*. Tem-se aqui a *função social da propriedade nas vestes de um "dever fundamental"* que decorre como consequência lógica do próprio direito fundamental - agora, porém, como *responsabilidade social, individual ou coletiva*.<sup>20</sup>

Sendo assim, quando o particular extrapola, por uso anormal e abusivo, do direito à propriedade, atentando contra a sua função social, busca alcançar favorecimento indevido ou privilégios. Estes privilégios pretendidos obter e manter não encontram amparo no sistema conceitual do Direito justo, vão de encontro à natureza das coisas, e atentam contra a idéia geral de equidade;

<sup>18</sup>Cf. ZAGREBELSKY, Gustav. *El Derecho Dúctil*. Valladolid: Trotta, 1999, p. 102.

<sup>19</sup> Cf. RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 59.

<sup>20</sup> Cf. CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 673.



abalam, de resto, as bases constitucionais em que estatuída a ordem econômica e social. Privilégios implicam desigualdades, agridem o princípio da isonomia e rompem o equilíbrio social e jurídico que ele tem por função manter. Destaque-se, por fim, o magistério de Eduardo Espínola: “... a lei não sanciona os direitos para a pura satisfação dos interesses egoísticos dos indivíduos; ela só lhes reconhece para um fim social, no interesse comum de todos”.<sup>21</sup>

Em suma: *a propriedade e a empresa têm uma função social*; mas também são consideradas *per se* como *funções sociais*, de modo a só poder pensar a sua tutela segundo e em razão da respectiva função social; essa a dicção expressa do art. 14 da Lei Fundamental alemã, de 1948:

“Art. 14. (propriedade, direito de sucessão e expropriação) (1) A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. O seu conteúdo e os seus limites são determinados por lei. (2) A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem estar geral”.

Sendo assim, a intensidade da proteção a determinado direito de propriedade privada pode ser maior ou menor de acordo da relevância pública, social ou ambiental do bem, e de acordo com eventual restrição ou conflito com outros bens e interesses constitucionalmente protegidos. Considerando que o fundamento da direito de propriedade é constitucional, é a partir da Constituição mesma que o aplicador do Direito deve solucionar o caso concreto que lhe cabe apreciar. Se interpretar a Constituição significa dela extrair o máximo de liberdade, igualdade e justiça, interpretar o direito fundamental à propriedade significa também extrair e garantir o máximo de liberdade possível, mas vedando que esse *maximum* transforme o ser humano ou a esfera jurídica de outrem num *minimum*. A solução de conflitos na tutela e/ou conformação do direito de propriedade deve sempre buscar atingir, racionalmente, equilíbrio e proporcionalidade entre o individual e o social vedando o exercício anormal, abusivo ou desproporcional do direito de propriedade.

**A questão no Supremo Tribunal Federal.** O STF ainda não apreciou *diretamente* a tese jurídica em torno da *inconstitucionalidade material* de leis municipais que proíbem a cobrança de estacionamento por *shopping centers*, escolas e hospitais privados. *A matéria sempre foi tratada pelo prisma da inconstitucionalidade formal*<sup>22</sup>, não adentrando desse modo no debate em torno do confronto entre (1) o conteúdo da norma e os valores que ela busca concretizar e (2) as normas constitucionais que tutelam a propriedade, submetem-na à função social; as normas constitucionais relativas à ordem econômica e social;

<sup>21</sup> Cf. ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade, Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p.236. Ver: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Demokratie als Verfassungsprinzip*. In: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1992, p. 293-295.

<sup>22</sup> Ver, *exempli gratia*, ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches; Rel. Min.; ADI 1.918, Rel. Min. Maurício Corrêa; ADI(MC) 1.472, Rel. Min. Ilmar Galvão; ADI 1.623, Rel. Min. Moreira Alves.

as normas constitucionais relativas à autonomia privada.

Cabe, entretanto, expor as palavras do Min. Celso de Mello, em voto proferido na ADI 2.213-MC: “Não pretendo exaltar o direito de propriedade, nem reconhecer-lhe caráter absoluto, em face da irrecusável supremacia do interesse social”. Também no julgamento da ADI 2.396, de que foi Relatora a Min. Ellen Gracie, a Corte, por unanimidade de votos, fixou a tese jurídica de que os princípios jurídicos contidos no art. 170, caput, e inciso II a IV da Constituição Federal, “... não são aplicáveis isoladamente, mas se balançam e se conjugam para assegurar a ordem econômica que assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

É de se destacar, porém, que a Corte, em diversas ocasiões, fixou teses jurídicas em torno da constitucionalidade de leis municipais que regulamentam:

- a. obrigatoriedade de instalação de serviços de segurança (RE 312.050-AgR, Rel. Min. Celso de Mello);
- b. tempo de espera em filas para atendimento ao público (RE 432.789, Rel. Min. Eros Grau);
- c. instalação de cadeiras de espera em locais de atendimento ao público (AI 506.487-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso);
- d. instalação de bebedouros e sanitários (RE 418.392-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, RE 208.383, Rel. Min. Néri da Silveira, AI 347.739, Rel. Min. Nelson Jobim).
- e. edificações ou construções realizadas em seu território (AgRg no Agravo de Instrumento 491.420, Rel. Min. Cezar Peluso).
- f. instalação de portas eletrônicas em imóveis destinados ao atendimento do público, para segurança de pessoas (RE 240.406, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 189/1.150).

A Primeira Turma do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 397.094, manteve a jurisprudência consolidada. Tratava-se, neste caso, de *arguição de inconstitucionalidade de imposição, por lei municipal, de tempo de espera em fila dos usuários dos serviços prestados pelos cartórios*.

Entendeu a Turma julgadora que a lei municipal estava em perfeita sintonia com o art. 30, I, da CF (há competência legislativa do Município por se tratar de assunto de interesse local). No que tange ao aspecto material, ressalte-se que TJDF decidiu a matéria sob o argumento de que a legislação municipal estava a proteger os direitos meta-individuais dos usuários-consumidores dos serviços notariais, ao fixar prazo razoável para atendimento, o que seria de competência municipal, presente o interesse local.

Interpretando o artigo 236 da CF/88, a Min. Carmen Lúcia, em seu voto, chamou a atenção para o fato de que a Constituição ao tratar da regulamentação

e da fiscalização da atividade notarial e da responsabilidade civil e criminal dos notários, refere-se, literalmente, apenas à lei:

Quando a Constituição, no parágrafo primeiro daquele artigo, apenas se refere à lei. Não se deixa apegada a uma única entidade da federação; caso contrário teria sido rompida uma estrutura que vinha sendo mantida pelo constituinte, até então, ao tratar deste assunto.

No que se refere à *tutela dos direitos dos usuários*, a Ministra Carmem Lúcia enfrentou diretamente o tema da constitucionalidade material da norma:

O advogado diz não existir relação de clientela – é claro que não – mas, de toda sorte, há uma relação que se estabelece com o usuário do serviço, que precisa ser assegurada pelas entidades, inclusive, neste caso, pelo Distrito Federal, sem que isso incorra em nenhuma afronta, ao meu ver, também da Constituição.

No mesmo sentido, entendeu o Min. Carlos Brito: “... o fato do cartório não ser pessoa jurídica não descaracteriza essa relação com sua clientela...”.

No julgamento da ADI 1.918-1, o Min. Sepúlveda Pertence, ainda que acolhendo a tese da inconstitucionalidade formal, adentrou no exame da constitucionalidade material de lei do Estado do Espírito Santo que limitava o valor das quantias cobradas pelo uso de estacionamentos em áreas particulares.

A inconstitucionalidade formal da lei estadual foi proclamada, entendendo o Pleno do STF que o legislador estadual havia regulado matéria de Direito Civil e adentrou em competência que também lhe seria vedada, no ano de 2001, para estabelecer normas gerais de Direito Urbanístico.

Entretanto, admitiu o Ministro Relator, Min. Maurício Corrêa, na discussão suscitada pelo Min. Sepúlveda Pertence, a possibilidade de ser considerada constitucional determinada lei federal que dispusesse sobre o *thema decidendum*, desde que houvesse interesse social.

Entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence que eventual lei federal seria constitucional ao tratar de matéria, tendo em vista que o interesse social na regulação do direito de propriedade, radicava, naquele caso, na tutela da “clientela cativa” dos *shopping centers* ou supermercados. Essa relação entre os usuários-consumidores poderia ser objeto de regulamentação estatal, tendo em vista que a lei federal “... não cuida do negócio de estacionamento, mas de sua utilização por empresas que o explorem”, até mesmo porque “... a existência de estacionamento, nos centros urbanos, constitui uma forma intensamente eficaz de captação de clientela”.

No final, concluiu Sua Excelência que a questão da constitucionalidade da limitação da garantia constitucional da propriedade, desde que feita por lei federal, merecia um aprofundamento muito maior, que o caso não comportava. Na mesma

Sessão, o Min. Marco Aurélio vislumbrou inconstitucionalidade material em face de interferência do Estado na seara econômica, posto que apenas indicativa para o setor privado (CF, art. 174), e na própria liberdade de contratação.

No voto escrito, apresentado nos autos, o Min. Sepúlveda Pertence assim explicitou o seu pensamento:

A propriedade, que a Constituição garante, é um conceito institucional. Mantido o seu núcleo duro – a falarmos como os nossos mestres lusitanos – as limitações à propriedade e sua adequação à função social são questões deixadas ao legislador ordinário. Não se pode cobrir o uso e o abuso com a garantia constitucional da propriedade, esquecendo-se o imperativo da função social, do inciso seguinte do art. 5º. da Constituição, para deixar intocada uma concepção quirritária de domínio absoluto.

O Pleno do STF, desta vez na ADI 3710, da Relatoria do Min. Joaquim Barbosa, manteve o entendimento em torno da inconstitucionalidade formal, mas no que pertine à inconstitucionalidade material é possível identificar, pela leitura do Informativo/STF n. 455/2007, uma divergência em torno dos aspectos materiais e axiológicos de semelhantes normas.

As teses jurídicas em torno da questão da constitucionalidade material encontram-se definidas:

- I. é de interesse local e, portanto, de competência dos Municípios (CF, Art. 30, I), editar leis que visem ao bem estar social e à fiscalização do bom desempenho das atividades econômicas privadas, mesmo que o faça no exercício do poder de polícia a partir das regras substantivas gerais da União – “policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares” (ADI 1.918);
- II. a intervenção municipal, ao vedar a cobrança pelo uso de estacionamento em estabelecimentos particulares, não trata de direito do consumidor, mas de direito civil e de direito comercial, pois “estabelece regras sobre elementos essenciais da propriedade” (ADI 1.918);
- III. ao utilizar o estacionamento, o usuário celebra um negócio jurídico com o shopping center, diretamente, ou com a empresa que o explora, não sendo de competência do Município legislar a respeito (ADI 1.918);
- IV. a intervenção do Poder Público na ordem econômica é indicativa para o setor privado a teor do Art. 174 da CF/88 (ADI 1.918)

A divergência se abre no momento em que a idéia, já assente, de que a Constituição não tolera o uso da propriedade sem que também se promova sua função social pode ser aplicado à situação de fato concreta, ora debatida: a cobrança pelo uso do estacionamento se insere no âmbito de uma relação *usuário/consumidor* – *shopping centers* que envolve, para além da garantia constitucional da propriedade, da tutela da autonomia privada e da liberdade econômica, a tutela de

direitos meta-individuais e do bem estar dos cidadãos-usuários - o que, presentes as normas constitucionais que exigem e impõem concretização direta pelo Estado, e as normas gerais urbanísticas – o Estatuto da Cidade, lei nacional – atrairia também a competência municipal, no sistema constitucional de repartição de competências, porquanto presente, na hipótese, o interesse local.

Parece-me clara a seguinte afirmação: a legislação que disciplina a cobrança pelo estacionamento em *shopping centers*, concretiza o princípio da função social da propriedade e os princípios constitucionais do urbanismo, em benefício da comunidade de municípios e da clientela dos *shopping centers*, cumprindo com as exigências de **adequação** (aptidão para atingir seus objetivos), **necessidade** (meio menos gravoso e eficaz para atingir os objetivos) e **justa medida** (sacrifício ao direito menor do que o benefício pretendido atingir com a restrição), todas integrantes da denominada *máxima de proporcionalidade*.<sup>23</sup>

Não existe exclusão, nem interferência direta no exercício do direito de propriedade do *shopping center*. Ao contrário, e segundo a tese jurídica exposta pelo Min. Sepúlveda Pertence n ADI 1.918, “... não cuida do negócio de estacionamento, mas de sua utilização por empresas que o explorem”, até mesmo porque “... a existência de estacionamento, nos centros urbanos, constitui uma forma intensamente eficaz de captação de clientela”.

A proteção da clientela, pelo Poder Público - por lei ou pelo exercício do poder de polícia -, enquanto universo dos usuários habituais e aleatórios do estacionamento, é uma exigência que decorre da própria teleologia e estrutura axiológica do sistema jurídico brasileiro, interpretado a partir da Constituição. Ao vincular o acesso e saída do cliente-usuário ao pagamento pelo uso do estacionamento, o shopping praticamente institui um tributo e adota medidas coercitivas para que o pagamento entre em seus cofres. Mostra-se flagrantemente abusivo o exercício do direito de propriedade pelo shopping, sujeito, desse modo, à atuação do Poder Público, em qualquer de suas esferas.

Note-se, ainda, que do ponto-de-vista dos usuários, é impossível ir ao Shopping sem estacionamento; e, além, disso, do ponto de vista dos empresários, nos preços dos serviços cobrados já vêm inseridos as despesas com o estacionamento. Há, na cobrança pelo estacionamento, verdadeiro *bis in idem*, e, portanto, enriquecimento ilícito dos shoppings.

Note-se que a intervenção do Poder Público Municipal, mediante lei editada a partir de sua competência constitucional, para disciplinar ou mesmo impedir a cobrança pelo uso do estacionamento, não atinge o conteúdo essencial do direito de propriedade, muito menos a liberdade econômica ou de contratar. O interesse econômico, sob tutela, não é a liberdade geral ético-jurídica, mas o exercício abusivo do direito de propriedade, pelo *shopping* que busca obter vantagem indevida ao impor a cobrança pelo uso da vagas.

Parece óbvio afirmar que, ao pretender adentrar no espaço protegido

<sup>23</sup> Ver: decisão do Min. Gilmar Mendes na IF 2257/6-SP.

pelas barreiras de segurança, como forma de entrar no *shopping*, o usuário-consumidor não possui *bargaining power*<sup>24</sup>: ou paga ou não entra; se entra, ou paga ou não sai. Não existe aqui a mínima expressão de autonomia ou liberdade de contratar, mas um negócio jurídico imposto pela vontade da parte economicamente mais forte. Há, desse modo, inegável interesse social e público em disciplinar a matéria a partir do modelo constitucional e das regras federais urbanísticas.

**A entrada em vigor do Estatuto da Cidade – Lei Federal 10.257, de 10.de julho de 2001. Necessidade de revisão dos postulados da inconstitucionalidade formal. Incidência do Art. 30, I, da Constituição Federal.** Das regras e princípios constitucionais, não se pode ter outra conclusão: o artigo 182 da CF/88 estabelece os princípios gerais e o direcionamento para a concretização constitucional e edição, por todas as entidades de direito público, de normas de ordem pública e de interesse social que regulamentam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.

A Lei Nacional n. 10.207/2001, define toda a principiologia da política urbana em seus artigos 1º. a 4º. Depreende-se, desde logo, a exigência de atendimento ao interesse social e ao bem estar coletivo (“interesses e necessidades da população e características locais”) na aplicação de todas as regras do Estatuto da Cidade, podendo-se inferir, ao mesmo tempo, que os instrumentos de política urbana e gestão democrática das cidades, quando necessária a intervenção no domínio econômico, não são de ordem indicativa, mas de ordem vinculante para o poder público – aqui, devem ser interpretados e compatibilizados os artigos 170, 174 e 182 da CF/88.

O novo direito urbanístico brasileiro, imerso nos princípios do Estado Social, convoca toda as esferas de Governo à implementação das diretrizes gerais da política urbana e gestão democrática e coletiva das cidades. Em se tratando de competências constitucionais, o STF assentou o entendimento de que a competência privativa da União e as matérias próprias de competência concorrente e suplementar encontram supedâneo na tradição constitucional republicana de que é lícito ao Poder Público - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – exercer função legislativa, desde que observadas as restrições, limitações e exigências estabelecidas na Constituição. Não existe hierarquia entre estas entidades de direito público, mas repartição constitucional de competências:

Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3035 / PR  
– PARANÁ

Relator: Min. GILMAR MENDES

<sup>24</sup>Cf. BAMHIZER, Daniel D.. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2004; SCHMITT, Carl. *Nehmen/Teilen/Weiden*. In: FORSTHOFF, Ernst (hrsg) *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968, p. 95-113.

Julgamento: 06/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-1 PP-00152

Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a lei estadual paranaense de no 14.162, de 27 de outubro de 2003, que estabelece vedação ao cultivo, a manipulação, a importação, a industrialização e a comercialização de organismos geneticamente modificados. 2. Alegada violação aos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º; art. 22, incisos I, VII, X e XI; art. 24, I e VI; art. 25 e art. 170, caput, inciso IV e parágrafo único. 3. Ofensa à competência privativa da União e das normas constitucionais relativas às matérias de competência legislativa concorrente. 4. Ação Julgada Procedente.”

Recurso Extraordinário - RE 286789 / RS - RIO GRANDE DO SUL

Relatora: Min. Ellen Gracie

Julgamento: 08/03/2005 - Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 08-04-2005 PP-00038 Ement vol-02186-03 PP-00446

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA ESTADUAL E DA UNIÃO. PROTEÇÃO À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE. LEI ESTADUAL DE CADASTRO DE AGROTÓXICOS, BIOCIDAS E PRODUTOS SANEANTES DOMISSANITÁRIOS. LEI Nº 7.747/2-RS. RP 1135. 1. A matéria do presente recurso já foi objeto de análise por esta Corte no julgamento da RP 1.135, quando, sob a égide da Carta pretérita, se examinou se a Lei 7.747/82-RS invadiu competência da União. Neste julgamento, o Plenário definiu o conceito de normas gerais a cargo da União e apartou as normas desta lei que superavam os limites da alçada estadual. 2. As conclusões ali assentadas permanecem válidas em face da Carta atual, porque as regras remanescentes não usurparam a competência federal. A Constituição em vigor, longe de revogar a lei ora impugnada, reforçou a participação dos estados na fiscalização do uso de produtos lesivos à saúde. 3. A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (art. 24, XII da CF/88). 4.

Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual.<sup>5</sup> Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Os parágrafos 2º. e 3º, do art. 24, da CF/88 dispõem acerca da competência suplementar dos Estados. Portanto o conceito constitucional de competência suplementar inclui a faculdade dos Estados legislarem em caso de lacuna legal onde deveria ter sido exercida competência legislativa da União. Os Estados *suprem* a deficiência decorrente deste vácuo normativo. Assim, quando os Estados legislarem para suprir uma lacuna da legislação geral federal estarão exercendo uma competência supletiva, adequando a normatização às peculiaridades regionais.

A competência dos Municípios em Direito Urbanístico (CF, Art. 30, VIII), neste sistema constitucional de repartição, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, Art. 24, I e Art. 30, II). Quando a Constituição faculta ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, possibilita-lhe dispor "... especialmente sobre as matérias ali arroladas e aquelas a respeito das quais se reconheceu à União apenas a normatividade geral".<sup>25</sup> Por isso mesmo, o STF decidiu, na ADI 478-6, da Relatoria do Min. Carlos Velloso: "As normas das entidades políticas diversas – União e Estado-membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício da sua autonomia constitucional". (DJU 28.02.1997).

Nessa mesma ordem de idéias, a Min. Ellen Gracie, Relatora da ADI 2.396 (08 de maio de 2003), explicitou que

... o espaço de possibilidade de regramento pela legislação estadual, em casos de competência concorrente abre-se:

- a) toda vez que não haja legislação federal, quando então, mesmo sobre princípios gerais, poderá a legislação estadual dispor;
- b) quando, existente legislação federal que fixe os princípios gerais, caiba complementação ou suplementação para o preenchimento de lacunas, para aquilo que não corresponda à generalidade; ou ainda para a definição de peculiaridades regionais .

Acrescenta ainda que a legislação estadual deve ser "suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha dispor em diametral objeção a esta".

Tese jurídica similar foi construída na ADI 3.338, julgada em 03.08.2005 (Relator para o acórdão, o Min. Eros Grau-Informativo/STF 399): entendeu a Corte, na hipótese, que a lei distrital 3.460/2004, que instituiu o Programa

<sup>25</sup> . Cf. SILVA, J. op. cit. p. 277.



de Inspeção e Manutenção de Veículos em uso no DF, não padecia de vício de inconstitucionalidade, até mesmo porque “... não versa sobre matéria de trânsito, mas apenas institui serviço para viabilizar a inspeção veicular relativa ao controle de emissão de gases poluentes e ruídos, visando, assim, à proteção do meio ambiente, de competência comum (CF, Art. 23, VI)”.

A Corte decidiu, também, o alcance e o significado do princípio federativo, no sistema constitucional brasileiro:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. (...)

1. A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.”.

ADI-MC 2024 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE

Julgamento: 27/10/1999 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 01-12-2000 PP-00070

Tércio Sampaio Ferraz Júnior entende ser necessária a análise do tema tendo-se como premissa básica o interesse prevalente na organização federativa, que apontaria, pelo disposto na Constituição Federal, no *caput* do art. 1º e no art. 3º que enfatiza a solidariedade e redução das desigualdades regionais, para um federalismo cooperativo, onde tem mais relevo a cooperação entre os entes federados do que à separação e independência recíproca entre eles.

Continua: tal colaboração tem por ponto básico e fundamental a necessidade da uniformização de certos interesses: “toda a matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias, conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral”.

A norma geral, por ser da União, passa a ter um caráter geral, limitando o campo para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarem. Somente poderiam legislar para aperfeiçoar estas normas, ou seja, torná-las mais protetoras. Nunca para restringir as disposições gerais.<sup>26</sup>

A doutrina alemã denomina esse modelo federativo de “*princípio do comportamento federativo amigável*”, onde todas as entidades federadas devem atuar, de forma harmônica e complementar, para realizar e concretizar os objetivos fundamentais e as determinações constitucionais que decorrem do princípio do Estado Democrático e Social de Direito.<sup>27</sup> Desse princípio, decorre outro: o da “*lealdade federativa*”, onde os membros da Federação têm o dever de cooperação recíproca no planejamento e na execução da políticas públicas.

Giovanni Clark, interpretando o papel dos Municípios no sistema constitucional de repartição de competências, mostra a posição mais atual da doutrina brasileira:

As competências concorrentes, isto é, legislativas, previstas pela Carta Política de 1988, também abrem caminho para o intervencionismo econômico municipal. Isso acontece quando a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 24, permite à União e aos Estados-membros legislar sobre certas matérias – à primeira, editar normas gerais, aos outros, suplementá-las para atender às suas peculiaridades – e ainda em seu artigo 30, incisos I e II, quando prevê a competência municipal para suplementar a legislação estadual e a federal no que couber, para atender aos interesses locais. Assim sendo, o Município pode legislar sobre as matérias do artigo 24 da CF para atender ao interesse local.<sup>28</sup>

O modelo constitucional concreto de Federação no Brasil não pode excluir a competência legislativa do Município para, segundo o modelo constitucional (CF, Art. 182) e de normas gerais da União (Estatuto da Cidade) acerca do Direito Urbanístico, disciplinar o uso abusivo e anormal da propriedade, pelos *shopping centers*, quando instituem, em verdadeira afronta à respectiva função social, cobrança indevida pelo uso do estacionamento.

Esse novo modelo de federalismo urbanístico, impõe uma re-interpretação dos fatos à luz do sistema constitucional vigente, valendo citar também as teses jurídicas postas pelo STF nas ADI's 478, 1.472, 1.918, 3710: existem normas constitucionais (CF, Art. 5º., caput, Art. 170, incs. II e III; Art. 182) e normas legais federais (normas gerais – Estatuto da Cidade e Código de Defesa do Consumidor), que permitem e dão competência legislativa aos Municípios para, em caráter suplementar e, densificando legislação federal já existente, impedirem o uso anormal e abusivo da propriedade, disciplinando ou mesmo

<sup>26</sup> Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7, págs.16-20, 1994.

<sup>27</sup> Cf. VOGEL, Hans-Jochen. *Die Bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes*. In: BENDA, Ernst. MAILHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Vogel. (org). *Handbuch der Verfassungsrechts*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1983, p. 818.

<sup>28</sup> Cf. CLARK, Giovanni. In: *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 94-95.

proibindo a cobrança pelo uso do estacionamento.

Semelhante legislação não anula a liberdade de contratar, não intervém indevidamente na economia ou na esfera privada, nem restringe o núcleo essencial do direito de propriedade; restringe-o em benefício do interesse coletivo e social na utilização do estacionamento do shopping.

## REFERÊNCIAS

- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Apelação 7.377. Julgada em 17.06.1942. Rel. Min Castro Nunes. RDA n. 2, p. 100 (esp. p. 113). Apud , MENDES, Gilmar, op.cit., p. 160, com citações de vários acórdãos posteriores no mesmo sentido.
- BAMHIZER, Daniel D. Inequality of Bargaining Power. *University of Colorado Law Review*, Vol. 76, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Demokratie als Verfassungsprinzip*. In: *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2ª ed, Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1992.
- CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- CLARK, Giovanni. In: *O Município em face do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, Propriedade, Compropriedade, Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Normas Gerais e Competência Concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7, págs.16-20, 1994.
- MENDES, Gilmar. In: *Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 154-159. Ver ainda: PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3ª. ed. RJ: Forense, 1987.
- PERLINGERI, Perlingeri. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. RJ: Renovar, 1999.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1 de 1969*. tomo 5. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. Summa Teologica. Ila. Ilae. q. 66. a. 2. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.

SCHMITT, Carl. Nehmen/Teilen/Weiden. In: FORSTHOFF, Ernst (hrsg) Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1968.

SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SPANNER, Hans. In: Sozialstaat und Besteuerung-Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften. 2. Auf. Bonn: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

VOGEL, Hans-Jochen. Die Bundesstaatliche Ordnung des Grundgesetzes. In: BENDA, Ernst. MAILHOFER, Werner. VOGEL, Hans-Vogel. (org). Handbuch der Verfassungsrechts. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1983, p. 818.

ZAGREBELSKY, Gustav. El Derecho Dúctil. Valladolid: Trotta, 1999.