

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

José Antonio Aparecido Junior

Propriedade urbanística e edificabilidade:
o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca das cidades
sustentáveis

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2011

José Antonio Aparecido Junior

Propriedade urbanística e edificabilidade:
o plano urbanístico e o potencial construtivo na busca das cidades
sustentáveis

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, com concentração em Direito Urbanístico, sob a orientação da Professora Doutora Daniela Campos Libório di Sarno.

SÃO PAULO

2011

BANCA EXAMINADORA

*Aos meus pais, Alzira e José, às
minhas irmãs, Margarida e Marcia, e aos
meus sobrinhos, Wiliam e João Pedro.*

À minha esposa Fernanda.

Agradeço à Professora Lucia Valle Figueiredo (in memoriam) pela confiança e crença no bom trabalho, e à Professora Daniela Libório, que teve a generosidade de aceitar ser minha orientadora para a conclusão deste mestrado. A tais educadoras exemplares, o meu reconhecimento e admiração.

Agradeço aos amigos da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano de São Paulo, pela carinhosa acolhida e pela paciência ao ensinar o direito urbanístico. A sua amizade e companheirismo foram essenciais para que este projeto iniciasse e prosseguisse.

Agradeço ao amigo Alexandre Moraes, pelas ideias e pelo exemplo, e ao amigo Fernando Brega, pelas críticas e sugestões na redação deste trabalho.

Agradeço à minha mãe Alzira, que com o amor e o exemplo me fez sempre querer seguir adiante, e conquistar a próxima vitória.

Agradeço à Fernanda, que entrou em minha vida para torná-la melhor, e ainda o faz. À minha amada esposa, minha imensa gratidão, pelo agora e pelo sempre.

RESUMO

O presente estudo dedica-se a investigar a edificabilidade em solo urbano e a propriedade urbanística, assim como sua relação com o plano urbanístico e com o bem jurídico potencial construtivo na busca das cidades sustentáveis. Para realizar esta tarefa, revisita os conceitos básicos de urbanismo, direito urbanístico e de direito à cidade, mostrando a relação entre a ciência do urbanismo e os correlatos jurídicos que tornam exigíveis as conclusões dos estudos e planos elaborados sob suas diretrizes. A partir desta visão panorâmica, são analisados os fundamentos do direito urbanístico em nosso país, partindo-se do texto da Constituição Federal até o Estatuto da Cidade, do qual são destacados temas fundamentais deste ramo do direito no Brasil.

São expostos, então, os fundamentos teóricos que dão suporte ao entendimento adotado no estudo, assim especialmente considerados a teoria da hipótese legal de Engisch e a possibilidade de atualização normativa dos textos constitucionais e legais por mudanças de fato e de valor ocorridas na sociedade. Com tais premissas, é realizada a análise da propriedade urbanística vigente no ordenamento jurídico pátrio e de seu conteúdo, destacando-se elementos essenciais à sua compreensão, tais como os fenômenos da constitucionalização e publicização do direito civil e o da função social da propriedade. Investiga-se, a partir deste ponto, o instituto da edificabilidade em solo urbano no Brasil, destacando-se a contraposição entre a visão civilista clássica e a percepção urbanística sobre o tema.

Com o estudo do instituto do solo criado e de seus principais instrumentos de utilização trazidos no Estatuto da Cidade mostra-se possível adotar um conceito de potencial construtivo nos sítios urbanos que privilegie o planejamento urbanístico. Encerra o trabalho a análise do potencial construtivo em imóveis urbanos como bem jurídico que serve de instrumento para a regulação do meio ambiente urbano, em razão da tarefa constitucionalmente assinalada de propiciar a todos as cidades sustentáveis, concluindo-se que o potencial construtivo não constitui uma decorrência do direito de propriedade, mas sim um bem jurídico que pode ser analisado sob diferentes perspectivas – a urbanística, a civil e a ambiental.

Palavras-chave: Plano urbanístico. Edificabilidade. Propriedade urbanística. Potencial construtivo. Solo criado.

ABSTRACT

This study aims to investigate the ability to build in urban land and the urban property as well as its connection with the urban plan and the building potential in order to get sustainable cities. To accomplish such task the study revisits basic concepts of Urban Planning, Urban Law and Right to the City disclosing the connection between the science of urban planning and related legal mechanisms which turn mandatory the conclusions of the studies and plans made under their guidelines. From this overview reviews the fundamentals of Urban Law in our country, considering the text of the Federal Constitution and the City Statute, from which are highlighted key themes of this branch of law in Brazil.

Theoretical foundations that support the understanding adopted in the study are exposed with special considerations to the Theory of the Legal Hypothesis according to Engisch and the possibility of updating rules of the Constitution and Laws by virtue of changes within the society. And considering these assumptions the study analyzes the Urban Property according to the Brazilian legal context and its content highlighting key elements of their understanding, such as the phenomena of constitutionalization and democratization of the Civil Law and the social function of property. From this point it examines the building potential institute within Brazilian urban land highlighting the contraposition between the classic civilistic vision and the urbanistic perception on the subject.

Once based on the study of the created land institute and on its main tools got from the City Statute it is possible to adopt a concept of building potential in urban sites that promotes urban planning. The analysis of the building potential as a legal good for urban real estate closes the study; and its characterization as a tool for regulating the urban environment due to the task constitutionally marked to provide sustainable cities for everyone is not a result of the property right; but actually it is a legal good that can be analyzed from different perspectives - urbanistic, civil and environmental.

Key-words: Urban plan. Ability to build. Urban property. Building potential. Created land.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 1 URBANISMO, DIREITO URBANÍSTICO E DIREITO À CIDADE.....	12
1.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO URBANISMO.....	12
1.2 URBANISMO E ATIVIDADE URBANÍSTICA.....	16
1.3 PLANOS URBANÍSTICOS.....	20
1.4 O DIREITO URBANÍSTICO.....	24
1.5 O DIREITO À CIDADE.....	28
 2 FUNDAMENTOS DO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO.....	33
2.1 DIREITO URBANÍSTICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	33
2.2 O ESTATUTO DA CIDADE.....	38
2.3 TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO.....	39
2.3.1 Diretrizes gerais da política urbana.....	40
2.3.2 Plano Diretor.....	42
2.3.2.1 A Reserva de Plano.....	43
2.3.2.2 O Conteúdo Mínimo do Plano Diretor.....	45
2.3.3 Ordenação do Uso e Ocupação do Solo e Zoneamento.....	50
2.3.4 A Ordem Urbanística.....	54
2.3.5 Cidades Sustentáveis.....	56
 3 DIREITO À CIDADE E DIREITO URBANÍSTICO: INTEGRAÇÃO E ATUALIZAÇÃO.....	60
3.1 DIREITO À CIDADE E INTEGRAÇÃO ENTRE OS RAMOS DO DIREITO.....	60
3.1.1 Hipótese Legal e Interpretação <i>Ex Nunc</i>	61
3.1.2 O entendimento integrado das normas urbanísticas.....	63
3.2 DIREITO À CIDADE E ATUALIZAÇÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS.....	65
3.2.1 Sistema Jurídico Aberto, Princípios Jurídicos e Capacidade de Aprendizagem das Normas Jurídicas.....	68

4 A PROPRIEDADE VISTA SOB A PERSPECTIVA URBANÍSTICA.....	73
4.1 PROPRIEDADE: FUNDAMENTO E CONCEITO.....	73
4.1.1 Fundamento da Propriedade.....	74
4.1.2 Conceito de Propriedade.....	75
4.2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	77
4.2.1 Constitucionalização e Publicização do Direito Civil e o Impacto de tais Fenômenos na Conformação do Perfil da Propriedade Imobiliária Urbana..	78
4.2.2 Função Social da Propriedade.....	81
4.2.2.1 Função social da propriedade imobiliária urbana.....	83
4.2.3 Propriedade no Direito Positivo Brasileiro.....	87
4.3 O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE URBANÍSTICA.....	92
 5 EDIFICABILIDADE E SOLO CRIADO.....	97
5.1 EDIFICABILIDADE EM TERRENOS URBANOS.....	97
5.1.1 A Visão Civilista Clássica.....	98
5.1.2 Edificabilidade em solo urbano e poder de polícia.....	102
5.1.3 A Visão Urbanística sobre a Edificabilidade em Terrenos Urbanos.....	104
5.1.3.1 Propriedade Urbanística e Edificabilidade.....	104
5.1.3.2 A insuficiência da visão civilista clássica da edificabilidade em solo urbano.....	108
5.2 O SOLO CRIADO.....	113
5.2.1 Solo criado no direito estrangeiro.....	114
5.2.2 O solo criado na Carta de Embu.....	117
5.2.3 O Solo Criado no direito positivo brasileiro.....	118
5.2.3.1 Outorga onerosa do direito de construir.....	119
5.2.3.2 Transferência de potencial construtivo.....	121
5.2.3.3 Operações urbanas consorciadas.....	123
 6 A NATUREZA JURÍDICA DO POTENCIAL CONSTRUTIVO E O DIREITO ÀS CIDADES SUSTENTÁVEIS.....	125
6.1 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM URBANÍSTICO.....	125

6.2 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM CIVIL.....	130
6.2.1 Potencial Construtivo e a Classificação dos Bens Jurídicos em Públicos e Particulares.....	132
6.2.2 O Potencial Construtivo e sua Classificação Jurídica como Bem Incorpóreo e Principal.....	134
6.3 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM JURÍDICO SOCIOAMBIENTAL E O DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS.....	137
6.3.1 Bem Ambiental.....	137
6.3.2 Potencial Construtivo como Bem Socioambiental.....	138
6.3.3 O Potencial Construtivo como instrumento da sustentabilidade urbana.....	141
CONCLUSÃO.....	145
BIBLIOGRAFIA.....	148
ANEXOS.....	155
1 CARTA DE EMBU.....	155
2 CARTA MUNDIAL DO DIREITO À CIDADE.....	158

INTRODUÇÃO

Afirma-se ter Aristóteles declarado que as cidades, para serem adequadamente governadas, deveriam contar com até cinco mil cidadãos (o que excluía mulheres, homens alforriados e escravos). Tal afirmação seria uma crítica implícita à Atenas de Péricles, que contava com cerca de quarenta mil cidadãos. A cidade de Roma, em seu auge, chegou a contar com mais de um milhão de habitantes, tendo seu número de moradores decrescido para menos de cem mil durante a Idade Média. Ainda que tal número de habitantes seja comparativamente muito pequeno, é preciso destacar que na Alemanha medieval aglomerados com três mil habitantes já recebiam o *status* de cidades¹.

Desde o tempo do filósofo grego, a Humanidade experimentou fases de maior ou menor concentração da vida nas cidades. Mesmo Aristóteles, contudo, ficaria surpreso se pudesse contemplar as metrópoles de hoje, aglomerações humanas com milhões de habitantes, com uma abundante oferta de comodidades e benefícios, com o contraponto de uma dramática série de questões sociais e ambientais a serem equacionadas.

Uma das grandes questões ainda pendentes de solução é a que se refere ao controle do adensamento urbano, fenômeno com reflexos diretos na qualidade de vida nas cidades. Dentre as questões jurídicas pertinentes ao tema, releva a que se refere à possibilidade de edificar em solo urbano.

Acerca deste aspecto, a tradição jurídica de inspiração civilista informa que a propriedade tem, entre suas faculdades inerentes, o direito de construir. Tendo em vista tal condição, inclui-se na esfera mínima de prerrogativas do proprietário a faculdade de edificar, independentemente das necessidades de organização do tecido urbano detectadas no planejamento urbanístico – as necessidades da cidade poderiam, no máximo, limitar este direito.

Tal visão, contudo, parece contrapor-se à tutela da ordem urbanística inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1.988. A partir da entrada em vigor de tal texto, configurou-se definitivamente o regramento acerca da propriedade urbanística

¹ RYBCZYNSKI, WITOLD. Vida nas Cidades: expectativas urbanas no novo mundo (tradução de Beatriz Horta). São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 1.996, p. 34.

em nosso País, isto é, o ordenamento jurídico conforma a propriedade imobiliária ilustrada pelas razões e princípios de ordem urbanística.

Tais razões e princípios privilegiam as chamadas funções sociais da cidade – habitar, trabalhar, circular, recrear –, que, conjuntamente com o postulado da função social da propriedade, tem por objetivo implementar as chamadas cidades sustentáveis. O advento do Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/01) tornou ainda mais evidente esta opção do ordenamento jurídico positivo brasileiro, e reforçou a necessidade de promover a releitura de institutos jurídicos clássicos a fim de extrair, de todo arcabouço normativo, o instrumental necessário à realização das finalidades da carta urbanística alinhavada na Constituição Federal.

Neste sentido, labora o presente estudo em analisar a propriedade urbanística e a edificabilidade em terrenos urbanos, investigando-se as funções do plano urbanístico e do potencial construtivo na busca das cidades sustentáveis. Para tanto, revisita os conceitos de urbanismo, direito urbanístico e direito à cidade, bem como os fundamentos do direito urbanístico brasileiro. Disserta, também, sobre um modelo teórico que permita a perfeita compreensão do fenômeno técnico-jurídico objeto deste estudo e, a partir deste marco teórico, aborda propriamente o fenômeno da edificabilidade em solo urbano e sua relação com o conceito de solo criado, bem como com os institutos correlatos a este tema previstos no Estatuto da Cidade. Tal encaminhamento permite, ao final, adequadamente a condição do bem jurídico “potencial construtivo” no arcabouço normativo ora vigente em nosso país, investigando-se suas características como bem urbanístico, bem civil e bem socioambiental.

A importância do tema advém da crescente demanda social por uma ocupação urbana que atente ao direito à cidade, conferindo ao ambiente urbano as condições de desenvolvimento justo e equilibrado. Para satisfazer os seus objetivos, o estudo foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, apresentando como eixos temáticos: a) estudo do urbanismo, do planejamento e planos urbanísticos; b) o estudo dos fundamentos do direito urbanístico e do direito à cidade; c) o estudo sobre tema da propriedade imobiliária urbana, propriedade urbanística e a edificabilidade; d) o estudo sobre o instituto do solo criado e dos seus instrumentos correspondentes no plano diretor; e e) o estudo sobre o bem jurídico potencial construtivo e sua importância para a construção das cidades sustentáveis.

1 URBANISMO, DIREITO URBANÍSTICO E DIREITO À CIDADE

Inicia o presente estudo com uma apresentação doutrinária do urbanismo, do direito urbanístico e do direito à cidade. O escopo dessa apresentação é mostrar a relação entre a ciência do urbanismo e os correlatos jurídicos que tornam exigíveis as conclusões dos estudos e planos elaborados sob suas diretrizes.

1.1 ESCORÇO HISTÓRICO DO URBANISMO

É possível afirmar que o urbanismo, em sentido amplo, surgiu com o aparecimento das cidades, manifestando-se por intermédio da preocupação com a localização dos prédios principais da comunidade, com a largura das ruas etc. Em sua evolução, passou da preocupação meramente estética para o interesse em prover a cidade de condições mínimas de funcionalidade e conforto, de modo a propiciar qualidade de vida a seus habitantes.

A despeito de ser possível identificar regras de cunho urbanístico já nas cidades antigas e medievais, o grande salto de desenvolvimento do urbanismo guarda relação com a cidade industrial. Com efeito, a Revolução Industrial, que se iniciou na Inglaterra em meados do século XVIII e se expandiu pelo mundo a partir do século XIX, consistiu em um conjunto de mudanças tecnológicas com profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social, tendo entre suas principais consequências o chamado “êxodo rural”, isto é, o movimento em massa de população das zonas rurais para os centros urbanos².

² O êxodo rural também foi sentido no Brasil, em seu tardio surto de industrialização. No ano de 1940, contava o País com uma população de 41.169.321 pessoas, com 12.880.790 de habitantes das cidades (31,28% do total) e 28.288.531 (68,72% do total) vivendo no campo. No ano de 2.000, observou-se uma importante transformação deste quadro: do total de 169.799.170 brasileiros, 137.953.959 (81,24%) viviam em cidades, e 31.845.211 (18,76%) viviam no campo.

(fonte: Tendências Demográficas: uma análise da população com base nos censos demográficos de 1940 e 2000. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2007. p. 15, consultado na Internet no link http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tendencia_demografica/analise_populacao/1940_2000/analise_populacao.pdf, acesso em 16/12/2010). Em 2007, a população urbana ultrapassou, no mundo, a população rural (Fonte: página da Rádio ONU na rede mundial de computadores. Link disponível em: <http://www.unmultimedia.org/radio/portuguese/detail/155399.html>, acesso em 16/12/2010).

Efeito do processo de industrialização, o êxodo rural advindo da adoção das novas técnicas de produção causou ou acentuou o desequilíbrio no desenvolvimento urbano e fomentou a busca, por parte de filósofos e urbanistas, de um modelo de disciplina do uso e ocupação do solo que garantisse a fruição dos benefícios das cidades a todos os seus habitantes. Surgiram, neste passo, duas principais correntes de pensamento que se propunham a corrigir os males da cidade industrial: a dos chamados “utopistas”, representados por Robert Owen, Charles Fourier e Jean-Baptiste Godin, entre outros, que se opunham à cidade existente, propugnando por novas formas de convivência; e a ligada a trabalhos de especialistas e funcionários estatais, que se propunha a resolver questões específicas advindas do processo de urbanização por intermédio de instrumentos urbanísticos técnicos e jurídicos – destaca-se, nesta linha de pensamento, a que resultou no trabalho do Barão Haussmann, em Paris.

No ano de 1.931 realizou-se, em Atenas, o IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna. As discussões havidas em tal evento subsidiaram a edição, no ano de 1.933, de um documento histórico para o Urbanismo, a chamada “Carta de Atenas”.

Em tal epístola, os seus subscritores, após análise das condições de desenvolvimento de 33 cidades de diferentes latitudes e climas do mundo, com o desiderato de responder aos problemas causados pelo rápido crescimento dos centros urbanos, especialmente os advindos da mecanização e das mudanças nos sistemas de transportes, declararam as quatro funções básicas na cidade: habitação, trabalho, diversão e circulação. A Carta de Atenas propunha, em termos sociais, que cada indivíduo tivesse acesso às comodidades fundamentais da vida, ao bem-estar do lar e à beleza da cidade.

Ainda que modernamente o urbanismo tenha revisado o texto original de tal documento – hoje se fala em “Nova Carta de Atenas”, documento de 1.998 que propugna a maior participação do cidadão nas decisões sobre a evolução das cidades – as funções sociais reveladas pela Carta de Atenas original servem de referência para a elaboração dos planos urbanísticos de desenvolvimento e do

avanço conceitual do próprio urbanismo, bem como do direito urbanístico elaborado para lhes dar supedâneo³.

No Brasil, informa FLÁVIO VILLAÇA, o urbanismo apresenta três grandes períodos de evolução: o de 1.875 a 1.930, o que vai de 1.930 até a década de 1.990 e o que se inicia nesta década⁴.

O primeiro destes períodos é marcado pela presença de planos de melhoramentos e embelezamento. É o planejamento inspirado em projetos monumentais como o do Palácio de Versalhes, no desenho da cidade de Washington, nos Estados Unidos da América, e nas melhorias realizadas em Paris em decorrência da atuação do já citado Barão Haussman. Seu marco é o chamado “Plano dos Engenheiros”, relatório apresentado em 12 de janeiro de 1.875 pela Comissão de Melhoramentos da Cidade do Rio de Janeiro, criada em maio de 1.874 pelo Império brasileiro com a incumbência de organizar um plano geral para o alargamento e retificação de várias ruas da então Capital do Brasil, tendo por finalidade lograr a melhoria de suas condições higiênicas e facilitar a circulação. Destaca-se, neste período, o trabalho do Engenheiro Saturnino de Brito, que elaborou planos de saneamento para várias cidades brasileiras. Em algumas delas, os planos também incluíam diretrizes para a expansão urbana, como foi o caso de Vitória (1896), Santos e Recife (1909-1915).

O segundo período é marcado pela ideologia do planejamento como técnica de base científica, indispensável para a solução das questões e problemas urbanos. Um dos principais documentos representativos desse período é o Plano de Avenidas de Prestes Maia para São Paulo, elaborado em 1930. Apesar do nome, o plano tratava sobre vários aspectos do sistema urbano, tais como as estradas de ferro e o metrô, a legislação urbanística, o embelezamento urbano e a habitação, com especial destaque para o plano de avenidas, que possuíam um caráter monumental.

³ DA SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 27/31; CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**, v. 1 – 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 183/186; CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 3. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 4/5.

⁴ VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (org.) **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EdUSP, 1999. p 182.

Outro plano representativo deste período é o Plano de Alfred Agache, elaborado para a cidade do Rio de Janeiro, que traz a idéia de cientificismo à elaboração de planos urbanos, condicionando a resolução das questões urbanas à utilização da ciência e da técnica, com a realização de extenso diagnóstico do local planejado. Ainda segundo VILLAÇA, entre os temas tratados no plano de Agache estão a remodelação imobiliária, o abastecimento de água, a coleta de esgoto, o combate a inundações e a limpeza pública, que contaram com o suporte de um detalhado conjunto de leis urbanísticas sobre loteamentos, desapropriações, gabaritos, edificações e estética urbana.

Esta técnica, assevera o autor, desenvolveu-se de tal forma que, aos poucos, a viabilidade de implantação dos planos acabou sendo comprometida. Os motivos teriam sido os seguintes: a) o distanciamento entre as propostas contidas nos planos e a possibilidade efetiva de implantação de tais propostas (fatores econômicos, sociais etc.); b) contraposição entre propostas de planejamento cada vez mais abrangentes e estruturas administrativas especializadas e setorializadas e; c) indefinições quanto ao conteúdo final do plano, haja vista a assunção, pelo Legislativo, das tarefas de aprovar ou modificar o seu conteúdo final. Assinala o autor, por fim, que “nos anos de 1970, os planos passam da complexidade, do rebuscamento técnico e da sofisticação intelectual para o plano singelo, simples – na verdade, simplório – feito pelos próprios técnicos municipais, quase sem mapas, sem diagnósticos técnicos ou com diagnósticos reduzidos se confrontados com os de dez anos antes.”⁵.

Produziu-se neste período, importante ressaltar, um dos documentos paradigmáticos do urbanismo brasileiro: a chamada “Carta de Embu”⁶, datada de 11 de dezembro de 1.976. Em tal texto, juristas e urbanistas de escol⁷ lançaram as bases para a moderna construção do urbanismo e do próprio direito urbanístico no Brasil. Embora não refira diretamente ao modo de elaboração de planos urbanos, o instrumento conceitua em nosso país o instituto do solo criado, e releva a função social da propriedade na elaboração do planejamento urbano. Por sua importância,

⁵ VILLAÇA, *op. cit.* 1999, p. 221.

⁶ O texto da Carta de Embu é anexo a este trabalho.

⁷ O texto é assinado por Álvaro Villaça Azevedo, Celso Antônio Bandeira de Melo, Dalmo do Valle Nogueira Filho, Eros Roberto Grau, Eurico de Andrade Azevedo, Fábio Fanucchi, José Afonso da Silva, Maria Lourdes Cesarino Costa, Marino Pazzaglini Filho, Miguel Seabra Fagundes, Jorge Hori, Antônio Claudio Moreira Lima, Clementina De Ambrosis, Domingos Theodoro de Azevedo Netto, Luiz Carlos Costa e Norberto Amorim.

será objeto de mais detalhado estudo na sequência deste trabalho, no momento em que forem abordadas especificamente as questões do solo criado e da edificabilidade.

O terceiro período citado por VILLAÇA inicia-se após o ano de 1.990. O marco deste período é, obviamente, a Constituição Federal de 1.988, e pode ser considerado como o início do processo de politização do planejamento, resultado do avanço da articulação da Sociedade Civil. Neste momento alteraram-se as metodologias de elaboração e dos conteúdos dos planos, especialmente no que toca à diminuição da importância do diagnóstico técnico como mecanismo de identificação das questões urbanísticas a enfrentar, privilegiando-se a participação popular na elaboração do planejamento urbano. Tal seria o estágio moderno do urbanismo brasileiro, tendo sido o princípio da participação popular especialmente contemplado na Lei Federal nº 10.257/01, o Estatuto da Cidade⁸.

1.2 URBANISMO E ATIVIDADE URBANÍSTICA

A exata compreensão do objeto da ciência do urbanismo e da sua finalidade prática é imprescindível ao avançar deste estudo. Neste sentido, DANIELA CAMPOS LIBÓRIO DI SARNO oferece o seguinte conceito de urbanismo⁹:

“O urbanismo é entendido hoje como uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano, visando ao bem-estar coletivo, realizado por legislação, planejamento e execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação e circulação no espaço urbano”.

Em termos analíticos, o autor português FERNANDO ALVES CORREIA destaca quatro possíveis sentidos para o conceito de urbanismo:

- a) o urbanismo como fato social, que expressa o fenômeno secular do crescimento das cidades, devido à sua atração sobre as populações rurais.

⁸ VILLAÇA, *op. cit.* 1999, pp. 169/243.

⁹ DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Manole: São Paulo, 2004. p. 7.

Tal fenômeno tem se acentuado na era moderna, especialmente devido à industrialização das cidades e mecanização do trabalho no campo, e tem por consequência direta o déficit social nos aglomerados urbanos;

- b) o urbanismo como técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades: o urbanismo, neste sentido, confunde-se com o conceito de “técnica urbanística”, nele estando inseridos o estudo de temas como (i) o “Alinhamento”, técnica básica do urbanismo, que consiste em definir os limites entre o local edificável e o não-edificável, estabelecendo, conseqüentemente, as ruas, praças e o próprio recinto da cidade; (ii) a “Expansão e Renovação Urbanas”, definindo-se a primeira como a abertura de bairros planejados ao redor do setor antigo da cidade e a segunda, como a derrubada de bairros antigos para a abertura de novas ruas e construção de edificações mais modernas e saudáveis; (iii) o “Zoneamento”, que consiste na repartição do solo correspondente a uma determinada unidade territorial (em regra, o espaço municipal), reservando os setores ou zonas criadas com tal divisão a finalidades determinadas; (iv) a “Cidade-Jardim”, que advoga a implementação de núcleos urbanos independentes e afastados das grandes cidades, com casas próprias rodeadas de grandes jardins; (v) a “Cidade Linear”, que defende a implementação de uma estrutura urbana diretamente relacionada a uma via rápida de comunicação (linha de trem ou rodovia), desenvolvendo-se a urbe em suas franjas; (vi) o “Regionalismo Urbanístico”, que apregoa dever o urbanismo alargar seu âmbito de atuação, de modo a englobar os territórios urbano e rural; (vii) o “Plano Urbanístico” e o “Funcionalismo Racionalista”, que identifica o plano urbanístico como repositório das técnicas anteriormente citadas (alinhamento, zoneamento, regionalismo etc.), tratando a cidade como unidade funcional – técnica que teve como pioneiro Le Corbusier e inspirou a edição da Carta de Atenas -; e, finalmente, (viii) as “Novas Cidades”, técnica que apregoa o planejamento de novos núcleos urbanos nas redondezas dos grandes centros, de modo a controlar a expansão das grandes cidades. Todas estas técnicas, mesmo as mais antigas, continuam presentes e a influenciar o arsenal técnico e jurídico do urbanismo moderno;

- c) urbanismo como ciência, que tem por objeto a investigação e o ordenamento dos aglomerados urbanos. Tal ciência tem caráter eminentemente multidisciplinar, envolvendo conhecimentos dos campos da geografia, arquitetura, economia, política etc., e tem por escopo o estudo do modo de tornar compatíveis entre si os vários usos possíveis do território e de evitar entre eles as interferências recíprocas negativas – em termos diretos, o estudo de como aperfeiçoar o gozo do bem essencial e irreprodutível de toda a sociedade que é o próprio território; e
- d) urbanismo como política, isto é, o conjunto articulado de objetivos e meios de natureza pública, com vistas à ocupação, uso e transformação racional do solo, destacando-se uma alegada “prioridade lógica” da política urbanística em relação às normas jurídicas urbanísticas – como mais bem detalhado adiante, o planejamento urbanístico e o plano urbano antecedem logicamente à norma urbanística¹⁰.

Tendo em vista a relevância para o conceito de urbanismo de seu aspecto de técnica de criação, desenvolvimento e reforma das cidades, elaborou a doutrina o conceito de “atividade urbanística”. Esta, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, é a ação destinada a realizar os fins do urbanismo¹¹.

No entendimento do autor, os objetos da atividade urbanística podem ser discriminados da seguinte forma: a) o planejamento urbanístico, entendido como o princípio de toda a atividade urbanística e para o qual é imprescindível ter exata noção dos objetivos a alcançar e dos meios disponíveis a tanto; b) a ordenação do solo, que revela o conteúdo fundamental do planejamento no que toca à disciplina do uso do solo e da ocupação dos espaços habitáveis e inclui uma política do solo, que deverá prever e estatuir os meios legais para a obtenção dos terrenos destinados a fins urbanísticos pelo Poder Público, mesmo contra a vontade de seus proprietários (instrumentos de intervenção urbanística destinados a possibilitar a execução do plano e a ordenação do solo); c) a ordenação urbanística de áreas de interesse social, com a finalidade de buscar o equilíbrio do meio ambiente urbano; e

¹⁰ CORREIA, *op cit.*, 2008, pp. 26/63.

¹¹ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 31.

d) a ordenação urbanística da atividade edilícia, que propõe o cotejo entre os projetos de edificação e as regras previstas no plano urbanístico para o uso e ocupação do solo – todos os objetos da atividade urbanística acham-se entre si ligados, e em recíproca dependência¹².

Ainda de acordo com DA SILVA, a atividade urbanística consiste na intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis, tratando-se de uma atividade dirigida à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o ser humano. Assinala, neste diapasão, que¹³

“Uma atividade com tais propósitos só pode ser realizada pelo Poder Público, mediante intervenção na propriedade privada e na vida econômica e social das aglomerações urbanas (e também no campo), a fim de propiciar aqueles objetivos. Daí porque hoje se reconhece que a atividade urbanística é função pública. Mas, também, por ser uma atividade do Poder Público que interfere com a esfera do interesse particular, visando à realização do interesse da coletividade, deve contar com autorizações legais para poder limitar os direitos dos proprietários particulares, ou para privá-los da propriedade”.

Ainda que seja possível discutir o âmbito destas “limitações” a direitos particulares pela lei urbanística, tema abordado adiante, destaca-se do ensinamento de DA SILVA a lição de que o urbanismo detém característica de função pública. De fato, se a função pública é aquela “exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”¹⁴, isto é, a atividade acometida por lei ao Estado para a consecução de suas finalidades (também legalmente eleitas), a compreensão de que a atividade urbanística é função pública leva, desde já, à conclusão que a elaboração, a leitura e o entendimento dos planos urbanísticos e da legislação urbanística que lhes dão suporte deverá ser realizada tendo por norte o interesse público, a finalidade pública de regulação da ambiência urbana. Tal

¹² DA SILVA, *op. cit.*, 2008. pp. 32/34. DI SARNO aponta que melhor seria que colocar a expressão no plural, “atividades urbanísticas”, tendo em vista que estas se reportam a todas as ações destinadas a realizar o urbanismo e a reurbanificação (processo de correção de urbanização). Adota, neste sentido, um critério sequencial para as divisões internas da atividade urbanística considerada como um todo, destacando-se a relação lógica entre seus momentos de implementação: plano urbanístico, elaboração de normas jurídicas específicas, execução da atividade urbanística e, dentro da execução, a utilização dos instrumentos urbanísticos. (DI SARNO, *op. cit.*, pp. 61/62).

¹³ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 34.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

função pública, ainda, caracteriza-se como direito da coletividade ao exercício da função urbanística por parte do Estado, dando suporte axiológico ao direito urbanístico e ao direito à cidade.

1.3 PLANOS URBANÍSTICOS

Os planos urbanísticos (também chamados “planos urbanos”) são elaborados previamente às leis que lhes dão suporte e exigibilidade, por intermédio do processo de planejamento urbanístico.

Há, destaque-se inicialmente, uma distinção entre planejamento urbanístico e plano urbanístico: o planejamento constitui serviço de preparação de um trabalho, de uma tarefa, com o estabelecimento de métodos convenientes, consistindo na atividade que tem por escopo o conhecimento da realidade urbana para que seja possível a sua interpretação e transformação, organizando-se coordenadamente os meios disponíveis para a consecução dos fins eleitos; o plano, por seu turno, é o registro do conjunto consolidado de medidas que visam aos objetivos determinados e fins pretendidos.

O planejamento urbanístico, desta forma, caracteriza-se como uma atividade pública de diagnose da situação do sítio urbano a ser planejado e de prognose sobre a evolução futura dos processos urbanísticos, assim considerados os modos pelos quais a cidade tende a desenvolver-se e evoluir, espacial e socialmente. O resultado deste trabalho é o formalmente chamado “Plano Urbano”, ou “Plano Urbanístico”.

De apontar-se, por oportuno, que no momento da realização do planejamento urbanístico, o Poder Público detém um quadro de situações físicas, sociais e ambientais do território do Município que acarreta necessariamente uma série de condicionantes no que tange às futuras definições a serem consolidadas no plano urbanístico. Não há, em outros termos, uma ampla liberdade de realizar o planejamento urbanístico baseado em razões exclusivamente técnicas ou de cunho estruturante, uma vez que este sofrerá o influxo de informações e critérios influenciados pela realidade físico-social do sítio planejado e dos valores sociais a serem ponderados antes das escolhas. Deverão ser levados em consideração,

ainda, o regramento jurídico já incidente e as diretivas colhidas nos necessários processos de participação popular. O reconhecimento e a ponderação de tais elementos garantirão que o futuro plano urbanístico detenha condições mínimas de cumprir as funções que lhe são acometidas.

É preciso destacar que, para cumprir seus objetivos, o planejamento urbanístico deverá estar voltado a três finalidades: a) o desenvolvimento das cidades, que representa a possibilidade de evolução dos centros urbanos nos campos social, político e econômico e se caracteriza, em verdade, como o objetivo genérico dos planos urbanos; b) a distribuição espacial da população, revelando-se assim o objetivo de organização dos espaços urbanos habitáveis ou daqueles destinados aos demais usuários da cidade, de forma a proporcionar o máximo de bem-estar no que tange à circulação, salubridade, funcionalidade e segurança; e c) o desenvolvimento das atividades econômicas do Município, destacando-se, neste ponto, a obrigação do Município de organizar o zoneamento e os setores de infraestrutura¹⁵.

Segundo CORREIA, os planos urbanísticos têm as seguintes funções:

- a) a inventariação da realidade urbanística, assim entendida como a necessidade de que os planos contenham um levantamento da situação existente, bem como das respectivas causas no que diz respeito aos vários aspectos da utilização do território em que incide. A implementação desta tarefa tem por escopo precípua conferir realismo ao plano, isto é, sua finalidade é fazer com que o planejamento e o plano subsequente reflitam a realidade do sítio planejado, de modo a possibilitar a sua eficácia instrumental;
- b) a conformação do território, isto é, a definição dos princípios e regras que dizem respeito à organização do território e à racionalização da ocupação e utilização do espaço;
- c) a conformação do direito de propriedade do solo, isto é, o estabelecimento de prescrições relativas à própria essência do direito de propriedade, por intermédio da classificação do uso e do destino do solo, da divisão do

¹⁵ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, pp. 26/27.

território em zonas de uso e da definição dos parâmetros a que deve obedecer a ocupação, uso e transformação de cada uma delas¹⁶; e

- d) a gestão do território, assim entendida como a definição das bases da sua transformação, com a instituição de princípios de coordenação e compatibilização das iniciativas públicas e privadas com repercussão no espaço municipal, bem como a fixação de um faseamento correspondente à sua realização no tempo¹⁷.

As funções do plano urbanístico apontadas pelo autor português indicam o amplo espectro de atribuições do planeamento urbano em termos técnicos, bem como demonstram a gama de responsabilidades do plano urbano no que toca à proposição de orientações e soluções urbanísticas para a cidade. É preciso destacar, contudo, que as funções assinaladas pelo autor português se limitam a arrolar um conteúdo mínimo material do planeamento e dos planos urbanos, não se referindo ao sistema de gestão do plano em si, ou da sua forma de elaboração¹⁸.

É preciso asseverar, ainda, que obedecidas as disposições constitucionais e legais que orientam a sua elaboração e execução, o plano urbanístico deverá também atentar para a necessidade da organicidade e coerência material de suas disposições. O tema é tratado de maneira bastante específica por CORREIA¹⁹, para quem

“o plano, enquanto instrumento simultâneo de criação e aplicação do direito, não pode ser ilógico e as medidas que prescrevem um tratamento diferenciado dos proprietários do solo têm de basear-se em fundamentos objectivos evidentes. Trata-se do princípio da igualdade imanente ao plano e que está envolvido na sua própria lógica de índole racional-teleológica. A violação deste princípio da igualdade ‘imanente’ ao plano urbanístico tem como consequência a invalidade das correspondentes disposições do plano, por ofensa directa ao preceito constitucional que consagra o direito fundamental da igualdade. O seu âmbito de aplicação prática será, contudo, reduzido, pois será preciso demonstrar que as prescrições do plano urbanístico são totalmente ilógicas, tendo em conta os fins do plano, irrazoáveis, objectivamente infundadas e arbitrárias.”

¹⁶ Em nosso país, como sabido, é tarefa da lei em sentido estabelecer as prescrições indicadas neste item, cabendo ao Plano Urbanístico indicar as razões e diretrizes para a atuação do legislador positivo.

¹⁷ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001, pp. 181 e ss.

¹⁸ Tais elementos, no Brasil, também estão expressamente arrolados entre as funções afetas à atividade urbanística e aos planos urbanísticos (por exemplo, no art. 2º, incs. II e XIII, e 43 e ss. da Lei n. 10.257/01), incluindo-se no próprio conceito de política de desenvolvimento urbano desenhado pela Constituição Federal.

¹⁹ CORREIA, *op. cit.*, 2001, p. 457.

Ao elaborar um plano urbanístico, a Administração Pública adota posicionamentos e toma decisões que terão repercussão econômica e social para seus administrados – as disposições legais que obrigarão a execução do plano urbanístico tal qual concebido pelos seus criadores são inescusáveis. A obediência à racionalidade teleológica na confecção do Plano Urbanístico (assim como na lei que lhe dá suporte), tendo por parâmetro objetivo a realidade presente e desejada, torna-se indispensável à conformação da propriedade privada na cidade – destacando-se, neste ponto, o aspecto da edificabilidade em solo urbano -, bem como à definição do âmbito de sua proteção e do sentido e alcance da função social desta mesma propriedade.

A organicidade e coerência material do plano urbano, destarte, configuram-se como elementos tendentes comprovar sua a igualdade imanente. Espelham, desta forma, a razoabilidade das suas disposições, comprovando sua atenção às condições axiológicas e ontológicas que ilustraram sua elaboração, e evidenciam a relação de identidade entre os fins que almeja e os meios eleitos a tanto.

Por outro lado, exatamente em virtude de suas funções práticas, entende-se que o planejamento é um processo técnico instrumentado, que tem por escopo transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos. No planejamento urbanístico tal instrumentação se manifesta na utilidade de tal processo para a elaboração do plano ou dos planos urbanísticos, que, posteriormente, deverão ser implementados, tendo por veículo as leis urbanísticas correspondentes. Para JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁰,

“na medida em que este processo [de planejamento] tende a consubstanciar-se em planos é que permite afirmar que o planejamento urbanístico não é um simples fenômeno técnico, mas um verdadeiro processo de criação de normas jurídicas, que ocorre em duas fases: uma preparatória, que se manifesta em planos gerais normativos; e outra vinculante, que se realiza mediante planos de atuação concreta, de natureza executiva (...)”.

A instrumentalidade da função de planejamento deflui, assim, da necessidade de obediência ao princípio da reserva de plano, de observância obrigatória para a caracterização do plano urbano como instrumento consolidador do planejamento

²⁰ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 95.

urbanístico entabulado de maneira isonômica para o atendimento dos fins constitucionais a que se destina. Observa-se, desta forma, que tanto o planejamento urbanístico como os planos urbanos deles resultantes, bem como as normas jurídicas urbanísticas que terão por desiderato implementar tais planos deverão ser elaborados tendo por norte a política de desenvolvimento urbano alinhavada na Constituição Federal e nas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade. Releva, neste momento, destacar a função do ordenamento jurídico neste quadro.

1.4 O DIREITO URBANÍSTICO

O Direito é uno, consistindo no conhecimento unificado sobre uma realidade. É possível, contudo, falar-se em ramos autônomos do Direito²¹ tendo em vista fins didáticos ou mesmo científicos, quando, além da necessidade de aprimorar seu estudo, este apresenta princípios e institutos próprios²².

Como é cediço, o Direito Público é o que regula as relações em que o Estado é parte, regendo a organização e atividade do Estado considerado em si mesmo, em relação a outro Estado e aos particulares, atuando no exercício de um poder soberano e na tutela do bem coletivo. O Direito Privado, por seu turno, é o destinado a disciplinar as relações entre particulares, nas quais predomina, de modo imediato, o interesse da ordem privada²³, o que evidencia o principal traço distintivo entre o Direito Privado e o Público no que toca o interesse tutelado: o primeiro tem por

²¹ Parte da doutrina aponta que não se deve falar em “ramos do direito”, e sim em “ordens jurídicas parciais”. Como exemplo, assinala LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO que “a noção de ordens jurídicas parciais exige uma coerência entre essas ordens, visto que são parte do mesmo sistema (ordem geral), o qual exige um pressuposto de unidade. Isso, por sua vez, afastará a pretensão de *exclusividade* de uma ordem parcial na solução dos problemas postos à solução perante a ordem jurídica geral, o que por inferência lógica, aniquila a pretensão de autonomia dos chamados *Ramos do Direito*” (ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do Solo Criado - Outorga Onerosa do Direito de Construir**: instrumento de tributação para ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39).

²² Útil, neste passo, colacionar o conceito de “princípio” de BANDEIRA DE MELLO. Segundo o autor, tal é o “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo a tônica que lhe dá sentido harmônico” (2009, p. 53). Quanto ao conceito de “Instituto Jurídico”, esclarece DA SILVA ser este o “conjunto ordenado de normas configurando um todo coerente em torno de uma parte específica de um objeto de um ramo do Direito” (2008, p. 46).

²³ DINIZ, Maria Helena, **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 255.

escopo regular questões havidas entre particulares, e o segundo tutela o bem-estar coletivo.

Reflexo e atestado das mudanças e exigências sociais, o direito positivo continuamente aborda novas questões e comportamentos, com o evidente escopo de fornecer ao corpo social uma disciplina que garanta sua coesão e harmonia – para tanto, importante a função de um sistema jurídico que permita o influxo de novas informações e conceitos. Torna-se possível ao estudioso do Direito, ao contemplar tal avanço, observar o nascimento e desenvolvimento de diversos novos ramos desta ciência, impulsionados pela crescente complexidade das relações sociais. Dentre tais novos ramos, destaca-se o direito urbanístico.

Por evidente, não é de se afirmar que não houvesse normas que pudessem ser classificadas como de direito urbanístico até algum momento recente da história da Humanidade – somente à guisa de exemplo, e para nos atermos ao direito peninsular ibérico, normas gerais e simples de direito urbanístico já eram encontradas nas Ordenações do Reino (editadas a partir do Séc. XIV) e nas Ordenações Filipinas (do início do Séc. XVII). A velocidade do desenvolvimento deste ramo do Direito no Brasil e no mundo é que vem se tornando cada vez maior, em razão da necessidade de regulamentação do tema e da crescente complexidade das relações humanas nas cidades.

Esse desenvolvimento do direito urbanístico está relacionado certamente ao reconhecimento jurídico da imprescindibilidade da elaboração tecnicamente esmerada do plano urbanístico. Tendo em vista a já apontada necessidade da organicidade e coerência material de suas disposições (igualdade imanente), o plano urbanístico positivado na lei urbanística somente poderá cumprir os seus objetivos de organização do espaço nas cidades e preservação do meio ambiente urbano se contiver medidas de conteúdo diverso em relação às diferentes parcelas de terreno sobre o qual incide. A definição das medidas urbanisticamente adequadas que deverão ser positivadas pela lei urbanística terá por base o plano urbanístico elaborado de acordo com as normas técnicas e legais adequadas.

De fato, levando-se em consideração a ocupação já consolidada e as características físico-sociais do sítio urbano, o plano urbanístico deverá necessariamente conter propostas de desenvolvimento para a melhoria das condições de vida no Município que acabarão por promover condições díspares de ocupação e aproveitamento do solo.

Tal desigualação racional-teleológica, por seu turno, somente poderá ser levada a efeito se for contemplada e/ou promovida pela norma jurídica urbanística, que tornará exigível o planejamento realizado e consolidado no plano urbanístico. Caberá ao Direito, assim, sistematizar e explicitar os critérios objetivos e lógicos para tal discriminação, tanto no que toca à construção de disposições que afetarão a elaboração do plano urbanístico, quanto para a aplicação deste plano após sua positivação legal, em uma regulamentação jurídica de caráter estruturante e racional. Para a compreensão deste arcabouço jurídico, necessário é o estudo do direito urbanístico.

Constata-se, neste sentido, que o direito urbanístico, que pretende permitir a sistematização das normas e atos que visam à harmonização das funções do meio ambiente urbano no desiderato de propiciar qualidade de vida da comunidade, se apresenta como ramo do Direito Público. Detém autonomia didática e científica, ainda que extremamente influenciado e ilustrado por outros ramos desta ciência, especialmente o direito administrativo. De fato, parece não haver dúvida de que o direito urbanístico traz normas que tendem a regular o bem-estar coletivo, de características cogentes, detendo princípios e institutos próprios e típicos. No conceito cunhado por DI SARNO, é aquele que “tem por objeto normas e atos que visam à harmonização das funções do meio ambiente urbano, na busca pela qualidade de vida da comunidade”²⁴.

Nesta linha de ideias, aponta DA SILVA como princípios informadores do direito urbanístico os seguintes:

- a) princípio de que o urbanismo é função pública, o que permite conferir ao direito urbanístico sua característica de instrumento normativo pelo qual o Poder Público atua no meio social e no domínio privado com o desiderato de ordenar a realidade no interesse coletivo, sempre observada a legalidade;
- b) princípio da conformação da propriedade urbana pelas normas da ordenação urbanística;

²⁴ DI SARNO, *op. cit.*, 2004, p. 33.

- c) princípio da coesão dinâmica das normas urbanísticas, cuja eficácia se observa em conjuntos normativos ao invés de normas isoladas;
- d) princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação (entendida como o processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana), de acordo com o qual os proprietários dos terrenos devem satisfazer os gastos da urbanificação, dentro dos limites dos benefícios decorrentes do processo de renovação urbana individualmente auferidos, como compensação pela melhoria das condições de edificabilidade geradas para seus lotes; e
- e) princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística²⁵.

Como institutos próprios deste ramo do Direito, destacam-se o arruamento, o loteamento, a outorga onerosa do direito de construir, o direito de superfície, o direito de preempção e os índices urbanísticos. Cita ALOCHIO, além destes, o planejamento urbanístico, a regulação do uso do solo, a ordenação do sistema viário, os zoneamentos, a estipulação de áreas *non aedificandi*, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios e o solo criado, identificado pelo autor como a outorga onerosa do direito de construir²⁶.

Aponta DA SILVA, ainda, que o objeto do direito urbanístico (como conjunto de normas) é regular a atividade urbanística e disciplinar a ordenação do território, e o conceitua, do ponto de vista científico, como “o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios reguladores da atividade urbanística”. Seu objeto, portanto, consiste em “expor, interpretar e sistematizar tais normas e princípios; vale dizer, estabelecer o conhecimento sistematizado sobre essa realidade jurídica”²⁷.

²⁵ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, pp. 44/45.

²⁶ ALOCHIO, *op. cit.*, 2005, p. 45.

²⁷ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 38.

Do exposto, observa-se que o direito urbanístico, em sua proposta de atuação, veio também para lançar um novo olhar sobre as relações de domínio e uso da propriedade em ambiente urbano. No entendimento de SUNDFELD²⁸,

“A ligação constitucional entre as noções de ‘direito urbanístico’ e de ‘política urbana’ (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo deste direito, que surge como o direito de uma ‘função pública’ chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política. Pode-se, então, afirmar o *caráter publicístico* do direito urbanístico, pois este ramo do direito nasce justamente para construir, no tocante à gestão dos bens privados, um sistema decisório complexo, em que o Estado exerce papel preponderante (exemplo: a utilização ou não de um terreno deixa de ser uma opção puramente individual, do proprietário, para tornar-se uma decisão que também envolve o Estado). Daí a natural tendência, entre os especialistas, de identificar um novo tipo de propriedade, a *propriedade urbanística*, afetada a esta transformação, e já muito distante da noção civilista clássica, em que a propriedade era tida como direito individual.”

A conceituação e a inicial análise do direito urbanístico permitem a abordagem do direito à cidade.

1.5 O DIREITO À CIDADE

O já apontado desequilíbrio social no uso e ocupação do solo urbano, especialmente nos grandes centros, desencadeou a busca de um modelo de desenvolvimento urbanização que permitisse a potencial fruição dos benefícios advindos da vida nas cidades a todos os seus habitantes.

Tais estudos, impulsionados pela crescente demanda social, redundaram no consenso acerca da necessidade de universalização do acesso das comodidades da vida urbana por todos, seja pelo uso dos serviços e equipamentos públicos, seja pela ampla participação dos munícipes nas decisões que afetem a população.

Produto deste importante movimento é a Carta Mundial do Direito à Cidade, redigida no Fórum Social das Américas em Quito, em Julho 2.004, retificada no Fórum Mundial Urbano de Barcelona, em setembro de 2.004, e ratificada pelo V

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. “**O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**”, in Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores) **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001), 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

Fórum Social Mundial de Porto Alegre, realizado em janeiro de 2.005²⁹. Tal documento declara ser um “instrumento dirigido a contribuir com as lutas urbanas e com o processo de reconhecimento no sistema internacional dos direitos humanos do direito à cidade”, sendo certo que “o direito à cidade se define como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social, entendido como o direito coletivo dos habitantes das cidades em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que se conferem legitimidade de ação e de organização, baseado nos usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado”.

Expõe o documento, ainda, que “o direito à cidade democrática, justa, equitativa e sustentável pressupõe o exercício pleno e universal de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos previstos em pactos e convênios internacionais de direitos humanos por todos os habitantes tais como: o direito ao trabalho e às condições dignas de trabalho; o direito de constituir sindicatos; o direito a uma vida em família; o direito à previdência; o direito a um padrão de vida adequado; o direito à alimentação e vestuário; o direito a uma habitação adequada; o direito à saúde; o direito à água; o direito à educação; o direito à cultura; o direito à participação política; o direito à associação, reunião e manifestação; o direito à segurança pública; o direito à convivência pacífica entre outros”.

São princípios e fundamentos estratégicos do direito à cidade, expostos na Carta Mundial do Direito à Cidade, dentre outros, o exercício pleno da cidadania e gestão democrática da cidade, a igualdade (fundada no dever de evitar a discriminação), a proteção especial de grupos e pessoas vulneráveis e a função social da cidade e da propriedade. Como direitos advindos da assunção dos compromissos da Carta, incluem-se o direito à água, ao acesso e administração dos serviços públicos domiciliares e urbanos, o direito ao transporte público e à mobilidade urbana e o direito à moradia, ao trabalho e ao meio ambiente.

No ano de 2.010, entretanto, a Cidade do Rio de Janeiro recebeu o 5º Fórum Mundial Urbano, com o tema “Direito à Cidade: unindo o urbano dividido”³⁰. Neste evento elaborou-se a chamada “Carta do Rio de Janeiro”, a qual reafirma que

²⁹ Tal documento é anexo deste estudo.

³⁰ Importante ressaltar que tais fóruns mundiais são promovidos pela Organização das Nações Unidas, por intermédio da ONU UN-HABITAT, sua agência responsável pelos programas referentes aos assentamentos humanos por todo o planeta – seu objetivo é buscar idéias e soluções para que as cidades se tornem social e ambientalmente sustentáveis.

o direito à cidade deve ser entendido como garantia de que esta seja local de moradia e desenvolvimento sustentáveis, sem discriminação de gênero, idade, raça, condição de saúde, origem, nacionalidade, etnia, status de imigração, orientação política, religião ou orientação sexual, ao mesmo tempo preservando memória e identidade cultural.

No que tange à absorção de tais conceitos pelo ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que toca à positivação de tal direito, NELSON SAULE JUNIOR aponta que a legislação sobre o tema acompanhou a evolução do próprio direito urbanístico nacional, haja vista ser o direito à cidade sua “pedra fundamental”³¹. De acordo com o autor³²,

“O direito à cidade adotado pelo direito brasileiro o coloca no mesmo patamar dos demais direitos de defesa dos interesses coletivos e difusos, como por exemplo, o direito do consumidor, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, da criança e do adolescente, da economia popular. Esta experiência brasileira é inovadora quanto ao reconhecimento jurídico da proteção legal do direito à cidade na ordem jurídica interna de um país. A forma tradicional de se buscar a proteção dos direitos dos habitantes das cidades nos sistemas legais traz sempre a concepção da proteção de um direito individual, de modo a prover a proteção dos direitos da pessoa humana na cidade. A concepção do direito à cidade no direito brasileiro avança ao ser instituído com objetivos e elementos próprios, se configurando como um novo direito humano, e na linguagem técnica jurídica num direito fundamental.”

Ainda segundo SAULE, “o Estatuto da Cidade acolhe o desejo da vontade popular expressado desde a Assembleia Nacional Constituinte de o direito à cidade ser incorporado à ordem jurídica brasileira como um direito, inerente a todos os habitantes da cidade, de ter uma vida digna urbana”³³, sendo a característica de direito fundamental do direito à cidade decorrente do fato de o Estatuto da Cidade determinar as normas gerais sobre o regime jurídico da propriedade urbana, instituído em função do princípio constitucional das funções sociais da cidade. A Constituição Federal declara que os direitos e garantias nela expressos não

³¹ De acordo com o autor, o direito à moradia é o núcleo central do direito às cidades sustentáveis que, por sua vez, é diretriz geral do Estatuto da Cidade (art. 2º, I). Anota, neste sentido, que “As normas de direito urbanístico são normas jurídicas preponderantes para atuação dos agentes públicos e privados no campo da habitação. A concepção de política urbana adotada no Estatuto da Cidade deve ser seguida pelos entes federativos como indutora da política habitacional, que deve ser executada pelos seus órgãos e instituições, como forma de cumprirem o dever de proteger e viabilizar o direito à moradia.” SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, p. 62.

³² SAULE JUNIOR, *op. cit.*, 2007, p. 51.

³³ *Ibid.*, 2007, p. 51.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e o direito às cidades sustentáveis apresenta-se, com sua definição trazida no Estatuto da Cidade, como verdadeiro marco para a revelação de mais um direito fundamental³⁴.

Releva destacar, neste momento, o entendimento doutrinário de que o direito à cidade é um direito difuso³⁵, já incorporado ao ordenamento jurídico pátrio, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, sendo o Estatuto da Cidade seu diploma fundamental. Tal entendimento, que evidencia a importância do direito à cidade para a fixação dos objetivos da atividade urbanística e na conformação da ordem urbanística (tutelada pela lei da Ação Civil Pública), terá reflexos no exposto neste estudo acerca das funções e limites do direito urbanístico e da propriedade imobiliária urbana, bem como nas relações entre si estabelecidas e o conceito de potencial construtivo vigente no Brasil.

O direito à cidade, deduzido como direito fundamental a partir do texto constitucional, apresenta-se desta maneira como ponto de partida para a compreensão do fundamento jurídico de todo arcabouço normativo utilizável para a conformação do direito urbanístico em nosso país. Em verdade o direito à cidade, que se propõe mais amplo e multifacetado que o direito urbanístico, nele tem um de seus principais elementos: não há que se falar em uma cidade que respeite os direitos humanos de seus habitantes sem que se possibilite a justa distribuição dos benefícios e cargas decorrentes da urbanização, privilegiando-se o interesse transindividual da cidade saudável.

A revelação do real conteúdo da propriedade urbanística no Brasil remete, imediatamente, à necessidade de compreensão do direito urbanístico. O direito urbanístico, por outro lado, serve-se do direito à cidade para a completa compreensão da função da legislação e do direito como um todo na regulação da vida no ambiente urbano. O direito à cidade permite ao direito urbanístico alcançar, em sua conformação e interpretação, toda a amplitude normativa facultada pelo estatuto constitucional, pois revela as condições jurídicas estruturantes para que o

³⁴ SAULE JUNIOR, *op. cit.*, 2007, p. 51/52.

³⁵ Os interesses transindividuais, ensina Hugo Nigro Mazzili, podem ser classificados quanto à sua origem em (a) individuais homogêneos, se o que une interessados determináveis, com interesses divisíveis, é a origem comum da lesão; (b) coletivos em sentido estrito, se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível, e (c) difusos, se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato, mas eventual dano é individualmente indivisível. (MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 17. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004. pp. 48 e ss.).

direito urbanístico seja, de fato, o indutor da política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal, que tem no plano diretor seu instrumento precípuo.

2 FUNDAMENTOS DO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO

Como asseverado, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1.988, estatuiu uma verdadeira tutela à ordem urbanística, evidenciando-se o caráter publicístico do tema. Mostra-se, assim, imprescindível ao presente estudo um breve relato do direito positivo vigente em nosso país sobre o direito urbanístico e dos principais temas a tal pertinentes.

2.1 DIREITO URBANÍSTICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O relativamente tardio desenvolvimento do direito urbanístico no Brasil, culminando com a inserção de dispositivos constitucionais específicos no texto de 1.988, representou a reação da ordem jurídica estatal ao dramático fenômeno da urbanização brasileira. O Brasil não somente tornou-se um país urbano: a população brasileira, como já exposto, protagonizou verdadeiro êxodo rural, concentrando-se rapidamente nos grandes centros, a fim de oferecer sua mão-de-obra à indústria e fugir da falta de oportunidades do campo. A necessidade de fornecer à sociedade um mínimo de regulamentação jurídica a tal situação explica a preocupação do legislador constituinte com o tema, anteriormente tratado de maneira tímida pelo ordenamento jurídico³⁶.

Premido pelo fato social, tratou o constituinte de 1.988 de dar especial atenção ao direito urbanístico. Segundo SUNDFELD, foi a Constituição Federal de 1.988 o seu grande marco da adolescência. Para o autor, o direito urbanístico surge como o direito da política de desenvolvimento urbano, em três sentidos: a) como conjunto das normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (exemplo: normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (os planos urbanísticos, por exemplo);

³⁶ Destaca-se, neste sentido, a Lei 4.380/64, que criou o Banco Nacional de Habitação (BNH), as Sociedades de Crédito Imobiliário e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU). Tal lei deu competência ao BNH para promover e estimular o planejamento local integrado e as obras de infraestrutura urbana. Com base em tal delegação, o BNH elaborou “Programas de Desenvolvimento Urbano”, como objetivo principal de racionalizar o crescimento das áreas urbanas brasileiras.

c) como conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros). Mais que prever normas para regulação urbanística dos sítios urbanos, ao direito urbanístico incumbe a conformação de toda a política de desenvolvimento sustentável constitucionalmente exigida aos Municípios³⁷.

Em termos de direito positivo, o texto da Constituição Federal de 1.988 traz diversos dispositivos pertinentes aos fundamentos do direito urbanístico. Incluem-se nestes dispositivos alguns itens referentes ao meio ambiente, entendido como matéria atinente ao direito urbanístico nos limites de sua atuação³⁸. Destacam-se os seguintes³⁹:

- a) os que versam sobre diretrizes de desenvolvimento urbano, constantes no relevante art. 182 (política de desenvolvimento urbano, com o objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, incluindo-se a previsão da obrigatoriedade de elaboração de plano diretor para cidades com mais de 20.000 habitantes) e no art. 21, XX (competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos). Tais dispositivos representam o verdadeiro supedâneo para o sistema jurídico que caracteriza o direito urbanístico no país, pois enunciam as funções precípua do desenvolvimento urbano;

³⁷ SUNDFELD, *op. cit.*, 2001, pp. 48/49.

³⁸ Alerta TOSHIO MUKAI que “é do âmbito de preocupação e de abrangência do direito urbanístico o disciplinar, convenientemente, visando um ambiente sadio, de todas as ações humanas relacionadas ao uso do solo. Assim, exemplificativamente, a legislação que cuida do zoneamento industrial visa, através da disciplina do uso do solo, evitar ou minimizar a poluição atmosférica em doses anormais; a legislação de proteção aos mananciais visa, através de restrições profundas ao uso do solo, manter as fontes de alimentação de água potável para as cidades; e a legislação de zoneamento e parcelamento do solo contém, normalmente, dispositivos que visam, de um lado, a segregação de atividades que seriam, por natureza, prejudiciais se indiscriminadamente misturadas em determinadas zonas (p. ex.: atividade industrial ao lado de residências), e de outro, a densificação através de loteamentos, em áreas que por seu interesse especial e ecológico devam ser preservadas da urbanização intensiva” (MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Dialética, 2002. p. 54.). O direito urbanístico e o direito ambiental têm, como se verá, finalidades muito próximas, embora seus objetos não se confundam. É fato, também, que o direito ambiental cada vez mais se preocupa com a regulação do meio ambiente artificial, típico das cidades, ao passo que o direito urbanístico mantém seu compromisso com a tutela do meio ambiente urbano. Assim se explica a citação realizada por JOSÉ AFONSO DA SILVA de dispositivos atinentes à preservação ambiental como de fundamentos de direito urbanístico.

³⁹ Cf. DA SILVA, 2008, pp. 57/58.

b) os que tratam de preservação ambiental, como o art. 23, que define a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos incisos III (obrigação de proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos), IV (obrigação de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural), VI e VII (obrigação de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora); art. 24, que define a competência legislativa concorrente entre União, Estados Federados e Distrito Federal, os incisos VII (legislação sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico) e VIII (legislação pertinente à responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico); e art. 225, consistente no capítulo específico sobre meio ambiente na Carta Magna (Capítulo VI do Título VII), que prescreve o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Segundo ODETE MEDAUAR⁴⁰,

“Mostra-se de grande relevância a menção ao *equilíbrio ambiental* como um dos fatores condicionantes do uso da propriedade urbana. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado a todos pela Constituição Federal (art. 225, *caput*). A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se intrincadas de um modo forte e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como instrumento de política ambiental, sobretudo nas cidades de grande porte, onde adquirem maior dimensão os problemas relativos ao meio ambiente, como, por exemplo, a poluição do ar, da água, sonora, visual; lixo; ausência de áreas verdes.”;

De fato, a Constituição Federal informa que o meio ambiente é bem de uso comum do povo, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225). O texto da Carta

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Diretrizes Gerais in MEDAUAR, Odete e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Estatuto da Cidade**. (Comentários à Lei Federal 10.257/2001), 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004. pp. 24/25.

Magna, desta maneira, institui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um verdadeiro patrimônio público posto à disposição da coletividade.

Para LEME MACHADO, a “Constituição, em seu art. 225, deu uma nova dimensão ao conceito de *meio ambiente como bem de uso comum do povo*. Não elimina o conceito antigo, mas o amplia. Insere a função social e a função ambiental da propriedade (art. 5º, XXIII, e 170, III e IV) como bases da gestão do meio ambiente, ultrapassando o conceito de propriedade privada e pública”⁴¹. O patrimônio ambiental, assim, engloba o meio ambiente em seu conjunto, com ênfase nos bens ambientais, que contém elementos (ou componentes) naturais, culturais e artificiais. Evidencia-se a sua íntima relação com o direito urbanístico, a quem incumbe, por intermédio do plano diretor, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

- c) os que versam sobre planos urbanísticos, como o art. 21, inc. IX, que atribui competência à União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; o art. 30, inc. VIII, que confere competência aos municípios para promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e, novamente, o art. 182, que expressamente determina que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, consistindo no instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (§ 1º), sendo a ele vinculada, ainda, o cumprimento da função social da propriedade urbana (§ 2º). A Constituição Federal, nestes dispositivos, estabelece o dever de planejamento urbanístico pelo Estado;
- d) os que tratam da função urbanística da propriedade urbana, citando-se como exemplos o já referido § 2º do art. 182 e também o § 4º do mesmo dispositivo, que faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado,

⁴¹ LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131.

que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de sanções como parcelamento ou edificação compulsórios (inc. I), imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo (inc. II) e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (inc. III). Destaca-se, ainda, a possibilidade de modalidades distintas de desapropriação para os imóveis urbanos: a prevista no inc. XXIV do art. 5º, desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, realizada nos moldes da legislação ordinária civil; a prevista no já apontado § 4º, do art. 182, a desapropriação-sanção pelo mau uso da propriedade urbana; e, finalmente, a desapropriação prevista no art. 183 da Carta Magna, a chamada “usucapião pró-moradia”, que faculta àquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, a aquisição do seu domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Em termos de competência legislativa, dispõe o texto constitucional que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico (art. 24, inc. I), tendo a União atribuição de emitir normas gerais sobre o tema (art. 24, § 1º), cabendo aos Estados especialmente a tarefa de legislar acerca de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (art. 25, § 3º). Ao Município, elevado a condição de ente federativo pelo texto de 1.988 (art. 1º), cabe legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e incumbe a tarefa

de editar o plano diretor que é, como visto, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 1º)⁴².

2.2 O ESTATUTO DA CIDADE

No exercício de sua competência legislativa concorrente não cumulativa para a emissão de “normas gerais” de direito urbanístico (art. 24, § 1º), a União elaborou a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o chamado “Estatuto da Cidade”. Este, no dizer de SUNDFELD, veio com a pretensão de pôr fim à apontada e prolongada adolescência do direito urbanístico brasileiro, uma vez que “coube à nova lei o desafio de consolidá-lo (fixando conceitos e regulamentando instrumentos), de lhe conferir articulação, tanto interna (estabelecendo os vínculos entre os diversos instrumentos urbanísticos) como externa (fazendo a conexão de suas disposições com as de outros sistemas normativos, como as do direito imobiliário e registral) e, desse modo, viabilizar a sua operação sistemática”⁴³.

O Estatuto da Cidade, relevante apontar, “estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único da Lei Federal nº 10.257/01). Observa-se ter havido uma opção deliberadamente didática do legislador infraconstitucional, haja vista tais características do texto da Lei n. 10.257/01 defluírem da simples leitura de seus artigos. A despeito de tal constatação, esta opção acaba por ter repercussões imediatas na compreensão do próprio ordenamento urbanístico e em seu sistema jurídico. De fato, como relembra MEDAUAR⁴⁴,

⁴² Trata-se da competência concorrente não cumulativa, que propriamente ilustra a chamada repartição vertical de competências estatuída na Constituição Federal. Há competência legislativa limitada para todos os entes federativos envolvidos, pois a nenhum seria autorizado esgotar a matéria prevista. No caso do direito urbanístico, reserva-se um nível de legislação mais genérico ao ente federativo mais abrangente – a União –, que fixa os princípios e normas gerais que regem a matéria; aos Estados caberá o regramento regional e aos Municípios a competência para complementar a legislação de outros entes e reger a matéria tendo em vista o interesse local. Sobre o tema, DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 138/139.

⁴³ SUNDFELD, *op. cit.*, 2001, p. 52.

⁴⁴ MEDAUAR, *op. cit.*, 2004, p. 24.

“(...) desperta atenção dizer que *estabelece normas de ordem pública e interesse social*. As expressões *leis de ordem pública* e *normas de ordem pública* são clássicas e muito conhecidas. Significam, em síntese, leis ou normas que não podem ser derogadas ou moldadas pela vontade dos particulares, sendo imperativas, cogentes. Essas expressões contrapõem-se à locução *leis ou normas de ordem privada*, que se mostram facultativas ou supletivas. No tocante à expressão *interesse social*, parece aqui significar algo *relevante para toda a sociedade*, não podendo, portanto, ser afastado pela vontade privada. Cabe lembrar que na literatura clássica a respeito do sentido da expressão *leis de ordem pública* associava-se, com frequência, a ordem pública com a *ordem social*, ou seja, com a manutenção da sociedade.

“A expressão *estabelece normas de ordem pública e interesse social*, embora pareça redundante, não se mostra despropositada. Pareceria redundante, pois, tratando-se de normas urbanísticas, inseridas no âmbito do Direito Público, configuram logicamente preceitos de ordem pública. No entanto, o legislador talvez quisesse ressaltar e tornar clara uma nova conformação de direitos ou de figuras jurídicas classicamente vislumbradas sob o ângulo privado.”

Ainda sobre o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 10.257/01, esclarece a autora que as normas do Estatuto regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental, sendo certo que, “por tal razão, o uso da propriedade urbana não mais se direciona somente ao interesse do proprietário; este deve conciliar-se com o interesse geral, pois está permeado pela função social da propriedade, mencionada no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal”.

2.3 TEMAS FUNDAMENTAIS DO DIREITO URBANÍSTICO BRASILEIRO

Sem dúvida, a Constituição Federal de 1.988 é o diploma que possibilitou o novo estágio de desenvolvimento do direito urbanístico em nosso país. Não é menos correto afirmar, entretanto, que o Estatuto da Cidade veiculou, no plano legal, o projeto constitucional de cidades sustentáveis, na busca do pleno desenvolvimento das suas funções sociais e de garantia de bem-estar de seus habitantes. Os temas fundamentais do direito urbanístico brasileiro nele estão contemplados, e ora passam a ser objeto de estudo.

2.3.1 Diretrizes gerais da política urbana

No Brasil, o planejamento urbanístico configura-se como verdadeiro dever jurídico do Poder Público, tendo por escopo elaborar planos com a finalidade de cumprir o comando do *caput* do art. 182 da Constituição Federal, que define os objetivos da política de desenvolvimento urbano no País. De acordo com CARVALHO FILHO, é possível conceituar a “política de desenvolvimento urbano” como “o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades”⁴⁵.

O indigitado art. 182, por seu turno, determina que tal política terá por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Para que seja alcançado tal desiderato, o ordenamento jurídico positivo determina a observância de diretrizes, procedimentos e formalidades específicas, especialmente as diretrizes gerais da política urbana arroladas no Estatuto da Cidade⁴⁶.

Interessante destacar, neste ponto, a distinção entre “política urbana” e “urbanismo”: a política urbana constitui um conjunto de ações que pode ser descrito e compreendido como método, enquanto o urbanismo consiste em um conjunto de técnicas destinadas a ordenar a ocupação do território das cidades. A política urbana justifica-se como instrumento do urbanismo, podendo, contudo, na prática, até mesmo contrariar seus princípios⁴⁷. No Brasil, a relação entre a política urbana e urbanismo é evidente, especialmente tendo em vista as já citadas diretrizes gerais da política urbana arroladas no Estatuto da Cidade: tais diretrizes subsidiarão o planejamento urbanístico, e serão os elementos objetivos que permitirão aferir o alcance das metas e proposições entabuladas nos planos urbanos.

As diretrizes gerais da política urbana estatuídas no Estatuto da Cidade, por seu turno, podem ser classificadas em:

⁴⁵ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 12.

⁴⁶ O ordenamento jurídico vigente no Brasil não se limita a possibilitar o acolhimento, por intermédio da lei, dos resultados do planejamento urbanístico. Ele, por si próprio, determina como se realizará material e formalmente tal planejamento.

⁴⁷ CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico**: plano diretor e direito de propriedade, 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revistados Tribunais, 2010. pp. 42/43.

- a) diretrizes governamentais, que dependem da atuação do Poder Público, como o planejamento do desenvolvimento das cidades e das atividades econômicas do Município e a proteção ao meio ambiente;
- b) diretrizes sociais, que têm por escopo proporcionar algum tipo de benefício direto à coletividade, ou que franqueiam a participação da comunidade no processo de urbanização. Exemplos de tais diretrizes são o direito a cidades sustentáveis para as coletividades presentes e futuras e a distribuição equitativa de benefícios e ônus oriundos do processo de urbanização;
- c) diretrizes econômico-financeiras, que dizem respeito aos recursos e investimentos alocados ou obtidos para o fim de desenvolvimento do processo de urbanização. É possível citar o dever de compatibilização dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira de modo a privilegiar investimentos que propiciem o bem-estar geral como exemplo destas diretrizes;
- d) diretrizes relativas ao solo urbano, que correspondem aos vários instrumentos destinados ao processo de uso e ocupação do solo urbano. Destaca-se, entre estas, a de ordenação e o uso do solo com o intuito de impedir situações nocivas à coletividade (usos incompatíveis, excessivos ou inadequados do solo, deterioração de áreas já urbanizadas, poluição ambiental, retenção especulativa de imóvel urbano e implantação de atividades que possam gerar tráfego incompatível com a respectiva infraestrutura); e
- e) diretrizes jurídicas, assim caracterizadas as que têm pertinência com o ramo do direito urbanístico – ex.: modo de produção e execução de normas⁴⁸.

⁴⁸ CARVALHO FILHO, *op.cit.*, 2009, pp. 23/25.

As diretrizes gerais da política urbana constituem, assim, um tema fundamental do direito urbanístico, servindo como referência normativa indispensável para a elaboração e hermenêutica do plano diretor, assim como para os demais instrumentos e institutos de direito urbanístico nele constantes ou dele decorrentes.

2.3.2 Plano Diretor

O Estatuto da Cidade estabelece, em seu art. 39, que o plano diretor é parte do sistema do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e prioridades nele contidas – as leis orçamentárias devem contemplar e promover as decisões de planejamento previstas em seu texto.

De fato, mostra-se importante lembrar que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (art. 182, § 2º da CF e art. 40 da Lei n. 10.257/01), ocupando incontestemente protagonismo na regulação urbanística do Município. Ensina CARVALHO FILHO⁴⁹:

“Na análise do conceito, deve entender-se que o ‘instrumento básico’ representa o documento principal, fundamental mesmo, em que se aloja a disciplina pertinente aos objetivos urbanísticos. Cuida-se da materialização de todos os componentes do projeto urbano, com suas singularidades e especificações, de modo que dele é que emanarão as ações públicas e privadas necessárias à sua implementação.

“O plano diretor tem seu conteúdo voltado para o desenvolvimento e a expansão urbana. Quanto ao ‘desenvolvimento urbano’, o realce é dado aos aspectos sociais que a política urbana deve proteger. [...] A ‘expansão urbana’ tem, como maior carga de densidade, o aspecto ‘territorial’, indicando que o plano diretor, como instrumento voltado para o futuro, deve prever a ampliação do centro urbano para áreas periferias quando o núcleo central estiver perto de saturação.”

Como instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, o plano diretor comporta duas abordagens distintas: uma, relativa às exigências substanciais a serem por ele atendidas, inclusive no que concerne à sua

⁴⁹ CARVALHO FILHO, *op.cit.*, 2009, pp. 269/270.

compatibilização com ordenamento jurídico, projetadas na reserva de plano; outra, relativa ao seu conteúdo mínimo. Tais temas serão objeto dos itens a seguir.

2.3.2.1 A Reserva de Plano

Os atos do Poder Público em sede de planejamento devem sujeitar-se, no que toca ao mérito, à congruência entre os meios eleitos para a implantação do plano urbano e as finalidades que se pretendem alcançar com tais medidas. Do ponto de vista jurídico, no dizer de CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas (*in casu*, as disposições da lei urbanística que tornam exigíveis as disposições do plano urbano) sejam razoáveis e racionais.

Tal significa que a disposição extraída do planejamento urbanístico, consolidada no plano urbano e finalmente tornada exigível na norma urbanística não deve ser arbitrária ou implausível, devendo, ao revés, operar como meio idôneo (hábil e necessário) ao atingimento de finalidades constitucionalmente albergadas. Para tanto, destaca-se a necessidade de observância da apontada identidade entre meios e fins das disposições do plano urbano (e da lei urbanística, por consequência). Para o autor⁵⁰,

“Se tal relação de identidade entre *meio* e *fim* (..) não se fizer presente, de modo que a distinção jurídica resulte leviana e injustificada, padecerá ela do vício da arbitrariedade, consistente na falta de ‘*razoabilidade*’ e de ‘*racionalidade*’, vez que nem mesmo ao legislador legítimo, como mandatário da soberania popular, é dado discriminar injustificadamente entre pessoas, bens e interesses na sociedade política.”

Evidencia-se, desta forma, a necessidade de observância da correspondência entre o plano urbanístico e a legislação urbanística correlata (i.e., elaborada para dar-lhe execução): se é preciso atentar para a racionalidade do planejamento e para a igualdade imanente ao plano, é necessário que se garanta a correspondência entre o plano e a legislação urbanística dele decorrente. Em nosso país, tal relação

⁵⁰ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 145/146.

tem por fundamento jurídico o chamado “princípio da reserva de plano”. No dizer de CARVALHO PINTO⁵¹,

“O princípio da reserva de plano é o que garante institucionalmente que as diversas demandas setoriais sejam coordenadas pelo órgão de planejamento. Ele consiste na exigência de que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos, como condição para que possam ser executadas. A coordenação entre as limitações e obras públicas demandadas pelos diversos órgãos setoriais é operacionalizada pela exigência de que constem no plano urbanístico. (...) “O princípio da reserva de plano é o que permite a articulação ente o ordenamento jurídico e o planejamento. Este opera não tanto pela imposição de obrigações aos agentes públicos e privados, mas pela proibição de ações não planejadas. O que se exige é que as ações sejam decididas após cuidadosa ponderação das alternativas e avaliação de seus efeitos”

Complementa o mesmo autor que o princípio da reserva de plano foi consagrado pela Constituição Federal no art. 182, § 2º (obrigatoriedade do Plano Diretor), que estatui o regime da propriedade urbana⁵². De fato, a obediência a um planejamento global induz (i.e., orienta) a justa a distribuição dos ônus e bônus decorrentes da urbanização, não sendo por outro motivo que a discriminação dos usos possíveis e distintas potencialidades construtivas das diferentes porções de território estabelecida no plano urbanístico é condição necessária ao desenvolvimento coeso e sustentável da cidade como um todo. É preciso, pois, que a lei urbanística atenda a tal princípio, estabelecendo comandos e instrumentos que possibilitem a realização prática do plano urbanístico adrede elaborado⁵³.

Em obediência ao princípio da reserva de plano, móvel da aplicação isonômica de normatização urbanística, tal o plano diretor evidencia-se como referência do desenvolvimento do Município, seja em seus aspectos materiais, referentes à efetiva realização de suas disposições, seja no aspecto formal, como fundamento de validade da legislação urbanística especial deste ente federativo.

⁵¹ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, pp. 184/185.

⁵² *Ibid.*, 2010, pp. 189 e ss.

⁵³ O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem julgado sobre o tema: “EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar nº 81, de 5 de março de 2007 do Município de São Sebastião. Normas de ordem pública e interesse social reguladoras do uso e ocupação do solo urbano em prol do bem coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental - Zonas de Especial Interesse Social - ZEIS. Ausência de prévios estudos técnicos detalhados, planejamento e consulta à população diretamente interessada. Lei de zoneamento corretamente impugnada por dispor de matéria exclusiva de Plano Diretor. Não atendimento às exigências contidas na Lei Federal 10.257/01, art. 50. Violação aos arts. 5º, “caput” e §1º, 111, 144, 152, 1, 11, III, 180, I, II, III e IV, 181, 191, 196 e 297, todos da Constituição Estadual. Ação julgada procedente.” Ação direta de inconstitucionalidade de lei nº 147.807-0/6-00, j. em 11 de março de 2009. Rel. Des. Reis Kuntz, disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=3597157&v1Captcha=RbxbR>, acesso em: 26/07/2011.

2.3.2.2 O Conteúdo Mínimo do Plano Diretor

Nos termos exigidos pelo direito à cidade, deve o plano diretor contemplar questões referentes aos direitos dos habitantes do Município não só no aspecto urbanístico (parte da política de desenvolvimento urbano) como também em outros campos de atuação estatal que constituem o “conjunto de exigências legítimas para a existência de condições de vida satisfatórias, dignas e seguras nas cidades, quer para os indivíduos, quer para os grupos sociais” que caracteriza o direito à cidade.

Assim, o ordenamento jurídico pátrio traz exigências acerca do conteúdo do plano diretor, especialmente tendo em vista as disposições do Estatuto da Cidade. Nesse sentido, estabelece o art. 42 da Lei n. 10.257/01:

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

- I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5o desta Lei;
- II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;
- III – sistema de acompanhamento e controle.

Tais institutos e mecanismos representam conteúdo obrigatoriamente presente em tal diploma legal, embora não sejam suficientes, sozinhos, para permitir ao plano diretor o desempenho de sua missão constitucional.

O conteúdo mínimo do plano diretor exigido pelo Estatuto da Cidade espelha a importância central de tal documento no sistema referente ao planejamento de desenvolvimento e de expansão urbana. O disposto no art. 42, entretanto, e como já esboçado retro, não deve ser considerado como suficiente para a sua integral caracterização. De fato, esclarece CARVALHO FILHO⁵⁴:

“A idéia de *conteúdo mínimo* não apresenta qualquer dificuldade de interpretação. O que a lei quer dizer é que, para a elaboração do plano diretor, será imperioso contemplar os aspectos mencionados nos incisos I a III do art. 42. Logicamente, contudo, não significa *conteúdo exclusivo*, idéia diversa, pela qual o plano só poderia conter os referidos aspectos.
“Na verdade, dificilmente o plano poderia conter apenas a disciplina enumerada naqueles incisos: são inúmeros e variadíssimos os temas de que deve ocupar-se, principalmente se nos lembrarmos de que se trata do instrumento básico de política urbana”

⁵⁴ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 293.

Nestes exatos termos, o Conselho das Cidades, que detém competência para expedir orientações e recomendações sobre a aplicação do Estatuto da Cidade e demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano (art. 10, inc. IV da Medida Provisória 2.220/01, em vigor pelo disposto no art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001), emitiu a Resolução nº 34, de 01/07/2005, que dispõe sobre o conteúdo mínimo do plano diretor⁵⁵.

Destaca-se, em tal documento, as disposições que determinam ter o plano diretor o dever de prever as ações e medidas para assegurar o cumprimento das funções sociais da cidade, considerando o território rural e urbano; as ações e medidas para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, tanto privada como pública; os objetivos, temas prioritários e estratégias para o desenvolvimento da cidade e para a reorganização territorial do município, considerando sua adequação aos espaços territoriais adjacentes; os instrumentos da política urbana previstos pelo art. 42 do Estatuto da Cidade, vinculando-os aos objetivos e estratégias estabelecidos no plano diretor (art. 1º).

Estabelece o art. 2º da mesma Resolução que as funções sociais da cidade e da propriedade urbana serão definidas a partir da destinação de cada porção do território do município, de forma a garantir espaços coletivos de suporte à vida na cidade, definindo áreas para atender às necessidades da população de equipamentos urbanos e comunitários, mobilidade, transporte e serviços públicos, bem como áreas de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico. Da mesma maneira, deverão ser definidas áreas para todas as atividades econômicas, especialmente para os pequenos empreendimentos comerciais, industriais, de serviço e agricultura familiar (art. 2º, incs. I e V). No dizer de CARVALHO PINTO⁵⁶,

“O Conselho adotou, acertadamente, um modelo de plano diretor urbanístico e autoaplicável. Extremamente relevante é a determinação de que toda a legislação de uso e ocupação do solo seja consolidada no plano diretor. O zoneamento é considerado, portanto, parte integrante do plano, que deverá, ainda, delimitar as áreas a serem adquiridas pelo Poder Público para implantação de equipamentos urbanos e comunitários, sistema viário etc.

⁵⁵ A Resolução nº 34 do Conselho das Cidades é anexa a este trabalho.

⁵⁶ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, pp. 136/137.

"Destaque-se também o entendimento de que o conceito de função social aplica-se tanto à propriedade privada quanto à pública, que contribui para subordinar a atuação dos órgãos públicos setoriais ao planejamento urbano"

Seja qual for o entendimento acerca amplitude das disposições do plano diretor, parece ser a síntese apontada por CARVALHO PINTO como conteúdo material mínimo de tal instrumento adotada como paradigmática – independentemente do entendimento de quais outras matérias devam constar de tal diploma legal, as arroladas pelo autor estarão, necessariamente, nele incluídas⁵⁷:

- a) delimitação das zonas urbanas, de expansão urbana, de urbanização específica e de interesse social;
- b) estabelecimento de índices urbanísticos relativos a áreas mínimas e máximas;
- c) delimitação das áreas cuja vegetação natural deve ser preservada ou suprimida;
- d) traçado do sistema viário principal da cidade, existente e projetado; e
- e) bases para a utilização do direito de preempção, das operações consorciadas e da transferência do direito de construir.

De todo modo, é preciso considerar que a doutrina ainda debate acerca dos limites das disposições materiais do plano diretor. De colacionar-se, neste sentido, a opinião esposada por CARVALHO PINTO⁵⁸,

"Os parágrafos do art. 182 deixam claro que o objeto do plano diretor é apenas o ordenamento territorial. As expressões 'obrigatório para as cidades', política de desenvolvimento e expansão urbana', 'ordenação da cidade', 'área incluída', 'solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado', 'adequado aproveitamento', 'parcelamento e edificações compulsórios', bem como as referências à propriedade urbana e ao instituto da desapropriação são relacionadas ao urbanismo. Conclui-se daí que o plano diretor de que fala a Constituição é exclusivamente urbanístico, não se destinando a tratar de políticas setoriais ou da promoção do desenvolvimento econômico.

⁵⁷ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, p. 190.

⁵⁸ *Ibid.*, 2010, p. 117.

Segundo o autor, os aspectos sociais e econômicos deverão ser levados em consideração durante o processo de elaboração do plano diretor, como componentes de seu diagnóstico – em outras palavras, tais elementos pertencem ao momento do planejamento urbanístico, como componentes de decisão para a elaboração do plano urbanístico a ser positivado em lei. Os temas urbanísticos devem, neste sentido, ser analisados em conjunto com uma série de outros aspectos, como a economia, as políticas públicas setoriais, o sistema de transporte e o de saneamento. A integração entre as políticas setoriais, contudo, não se traduz necessariamente em um documento com coercibilidade jurídica. Assevera o indigitado autor que⁵⁹

“Há uma razão prática para que os aspectos urbanísticos sejam objeto de um documento exclusivo: o urbanismo já está institucionalizado, por meio do direito urbanístico. Sabe-se exatamente como o plano urbanístico é executado e fiscalizado, a fim de que possa realmente influenciar a realidade. Já com relação aos demais temas, não se sabe muito bem como controlar sua execução. Uma avenida só pode ser construída caso esteja projetada no plano diretor. Como controlar, no entanto, um sistema de ônibus, um sistema de tratamento de saúde, ou uma política de geração de empregos? Já por aí se vê a conveniência de separar, pelo menos em termos jurídicos, o urbanismo das demais políticas.”

Observa-se que há uma preocupação em não permitir que surja o argumento de que o plano diretor é uma verdadeira panaceia de todos os problemas a serem enfrentados pelo Município – a conveniência de apartar as matérias apontadas não significa que seja tecnicamente inviável a sua veiculação neste diploma legal. A idéia trazida pelo autor parece evidente: a lei do plano diretor já enfrenta questões de extrema relevância e de grande dificuldade de solução.

De fato, ao trazer para o âmbito de tal diploma legal outras questões e objetivos, de igual ou maior dificuldade e complexidade, estaria o legislador laborando, ainda que involuntariamente, a retirar a legitimidade política de tal instrumento, que passaria a ser visto como somente mais uma lei sem efetividade social. Tal situação implicaria, em médio prazo, no próprio esvaziamento da idéia da existência do plano diretor como vetor de soluções urbanísticas, uma vez que excessivamente carregado de metas e desideratos não alcançáveis com a mera ordenação urbanística da cidade. Esta visão acerca do conteúdo material do plano

⁵⁹ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, pp. 117/118.

diretor, assinale-se, parece desejar estremar o diploma legal – e, por consequência, o próprio direito urbanístico - de uma amplitude de atribuições que aproximam o seu âmbito de regulação do direito à cidade.

Sob outro ponto de vista, entrementes, argumenta MARCOS MAURÍCIO TOBA, ao lembrar que o art. 39 do Estatuto da Cidade apropria-se do próprio texto constitucional, que, em seu art. 182, § 2º, prevê que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Assim, o plano diretor deve assegurar não apenas o cumprimento das diretrizes expostas no art. 2º da Lei n. 10.257/01, mas também o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas⁶⁰. Salienta, ainda⁶¹:

“O art. 40 reproduz, em seu ‘caput’, o texto constitucional (art. 182, § 1º, parte final). E é como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana que deverá, então, incorporar o território do município como um todo (§ 2º). O legislador segue, neste passo, as lições do saudoso publicista Hely Lopes Meirelles, que, ao dissertar sobre o plano diretor, prescrevia que este deveria ser uno, único e integral. Uno e único, como instrumento norteador dos atuais e futuros empreendimentos, e condutor e ordenador do crescimento da cidade, disciplinando as atividades urbanas em prol do bem-estar social. Integral, para se diferenciar de outros tipos de planos, alguns previstos no próprio corpo do Estatuto da Cidade (como os planos setoriais, art. 4º, alínea ‘g’), ou outros como os de reurbanização – que não se preocupam com a integralidade, como o plano diretor.”.

De acordo com TOBA, que apresenta visão exatamente oposta à perfilhada por CARVALHO PINTO, deve o plano diretor incumbir-se da responsabilidade de ser indutor de políticas sociais e econômicas, alavancadas pela busca da cidade socialmente justa, destacando-se a sua relevância como diploma central do planejamento urbano, norte e fundamento de outras leis municipais dele decorrentes e baseadas.

Embora a discussão sobre a amplitude do conteúdo do plano diretor ainda não esteja esgotada, e respeitando-se as opiniões lançadas em sentido contrário, forçoso reconhecer que a ideia de que este diploma legal seja afeto exclusivamente à matéria de direito urbanístico parece contradizer a determinação constitucional de

⁶⁰ TOBA, Marcos Maurício. Dos instrumentos da política urbana *in* Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários. MEDAUAR, Odete e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coord.), 2. ed., revista, atualizada, e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 237/238.

⁶¹ *Ibid.*, 2004, pp. 243/244.

que o mesmo terá por desiderato ser a base da política de desenvolvimento urbano do Município.

Dada a sua relevância, destaca-se, no estudo específico acerca do conteúdo material mínimo do plano diretor, a análise da ordenação do uso e da ocupação do solo e do zoneamento.

2.3.3 Ordenação do Uso e Ocupação do Solo e Zoneamento

A atividade urbanística, assim considerada a intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis, consiste em função pública (art. 182 da Constituição Federal). Sob tal égide, atribui-se ao Poder Público o dever de regulamentar o uso e ocupação do solo urbano, estabelecendo-se, destarte, o regime jurídico urbanístico. Ensina DA SILVA sobre o tema⁶²:

“O regime urbanístico do solo é constituído por um conjunto de normas, instituições e institutos que disciplinam sua utilização no exercício das funções de habitar, trabalhar, circular, recrear. Trata-se da formulação jurídica da política do solo, que constitui um requisito essencial e parte integrante do moderno urbanismo (...)”.

É de assentar-se, neste sentido, que a ordenação do solo tem por finalidade precípua implementar o plano urbanístico, normalmente positivado no plano diretor do Município⁶³ - a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo é, de acordo com o Estatuto da Cidade, instrumento de planejamento municipal (art. 4º, III, “b”). A mais típica instituição de direito urbanístico referente ao regime urbanístico do solo é o zoneamento.

O zoneamento, novamente nos utilizando das palavras de DA SILVA, é o “procedimento urbanístico destinado a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal. Ou: destinado a fixar as diversas áreas para o exercício

⁶² DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 169.

⁶³ Anote-se, neste ponto, que o Estatuto da Cidade ampliou o rol constitucional dos municípios que obrigatoriamente deverão elaborar o plano diretor: Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: I – com mais de vinte mil habitantes; II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal; IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico; V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

das funções urbanas elementares”⁶⁴. Com efeito, “os planos urbanos pretendem programar, influenciar e organizar a ocupação e transformação do território e desenvolver harmoniosamente as diferentes parcelas do espaço”⁶⁵, sendo o zoneamento o instrumento-chave a tanto: a definição das zonas de uso, com suas peculiares características de uso e ocupação solo, explicitará o planejamento urbanístico vigente no município.

Já é interessante destacar, neste momento, que o zoneamento é a base da configuração do direito de propriedade em um Município. Nos termos destacados por DA SILVA, este é a manifestação concreta do planejamento urbanístico, consistindo “num conjunto de normas legais que configuram o direito de propriedade e o direito de construir, conformando-os ao princípio da função social”. Para o autor⁶⁶,

“Essa natureza do zoneamento decorre, nos nossos dias, não tanto pelo poder de polícia, mas da faculdade que se reconhece ao Poder Público de intervir, por ação direta, na ordem econômica e social e, portanto, na propriedade e no direito de construir, a fim de, restringindo-os no interesse público, conformá-los e condicioná-los à sua função social. São, por isso mesmo, condicionamentos gerais, não-indenizáveis os possíveis prejuízos que daí possam advir – embora seja de ressaltar que, em princípio, condicionamentos desse tipo não geram prejuízo, porque diminuições de valor que deles eventualmente provenham são altamente compensadas com outras vantagens”.

A definição das zonas de uso de um município revelará o olhar retrospectivo e prospectivo do planejamento urbanístico. O plano para o desenvolvimento urbano, fruto deste trabalho, será o resultado da atenta observação do território que se pretende regular, revelando-se as potencialidades e necessidades do local e as demandas detectadas em sede de participação popular, atendendo-se de maneira ótima as exigências das funções sociais da cidade. O plano urbanístico, produzido sob estes signos, deverá ser positivado por intermédio de lei, sendo a lei do plano diretor o veículo ideal a tanto, haja vista ter por escopo e função constitucional implementar o desenvolvimento idealizado pelo Poder Público e sociedade para o local em que vige.

⁶⁴ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 241.

⁶⁵ CORREIA, *op. cit.*, 2008, p. 366.

⁶⁶ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 242.

As zonas de uso são porções do território da cidade, delimitadas pela lei que define o zoneamento em virtude das modalidades e intensidades de uso a si destinadas – como exemplos, podem ser criadas pela lei de zoneamento zonas de uso residencial, industrial, misto etc. Em cada uma de tais zonas de uso previstas pelo Poder Público, por seu turno, poderão ser arbitradas diferentes intensidades de ocupação (v.g., densidade de ocupação por população ou edificações) ou usos complementares a tais zonas (v.g., o pequeno comércio na zona residencial). Tais diferenciações têm por escopo o planejamento global, e levam em consideração o maior ou menor impacto de tais estipulações em termos urbanísticos⁶⁷.

Importante destacar que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1.988, haja vista o caráter vinculatório do planejamento urbanístico dado ao plano diretor, a instituição e modificação do zoneamento somente pode vir a ser realizada por lei, sejam os parâmetros urbanísticos estabelecidos gerais ou especiais, como, por exemplo, os definidos em lei de operação urbana consorciada.

As razões para tal entendimento são evidentes. O zoneamento tem, no plano urbanístico, a função de regulamento de base sobre o qual se organizará todo o planejamento urbanístico positivado no plano diretor. Sua livre alteração, só por si, comprometeria o planejamento estabelecido como um todo, com inevitáveis perdas na eficiência final do plano estabelecido. Não bastasse tal constatação, é de observar-se que o zoneamento conforma, em grossas linhas, a própria propriedade imobiliária urbanística na cidade: as implicações decorrentes de sua livre alteração para os particulares e para o Poder Público seriam de extrema gravidade – todo o ordenamento referente à aquisição, limitação e sacrifícios de direitos vinculados à

⁶⁷ No Município de São Paulo, o Plano Diretor Estratégico (Lei Municipal 13.430/02) define o grande zoneamento para a cidade, cabendo aos planos regionais estratégicos, veiculados na Lei Municipal nº 13.885/04, detalhar o zoneamento para cada Subprefeitura (que são subdivisões territoriais, com funções de administração, dentro do Município). Assim, como exemplo, a Zona Mista prevista no Plano Diretor será classificada como Zona Mista tipo 1, 2 ou 3 pelo Plano Regional, de modo a permitir usos e ocupação do solo mais ou menos impactantes do ponto de vista urbanístico, atendidas as especificidades do território que ordena. No mesmo sentido, a Lei Municipal nº 13.885/04 também especifica as regras de uso e ocupação do solo conforme as diretrizes do Plano Diretor, e complementa disposições normativas típicas daquele diploma. Verifica-se, assim, que a capital paulista optou por dividir o planejamento municipal urbanístico em dois diplomas distintos, o que é explicável pelo gigantismo da tarefa de disciplinar o uso e ocupação do solo no município de São Paulo. De qualquer modo, haja vista o Plano Diretor trazer em si o zoneamento geral para a cidade, verifica-se possível, *a priori*, entender o “Plano Diretor” como um instrumento jurídico que pode ser dividido em mais de um diploma legal, sendo a referência para a sua identificação a matéria tratada em tais leis. Não cabe neste trabalho, contudo, o estudo mais minucioso desta afirmação, registrando-se, contudo, tal condição de fato e de direito no arcabouço normativo da maior cidade de nosso País.

possibilidade de uso e ocupação do solo correria o risco de ser imediatamente caracterizado como anti-isonômico (e, portanto, inconstitucional)⁶⁸.

É preciso levar em conta, ainda, na esteira do alertado por ALOCHIO, que o planejamento urbanístico depende de uma relevante noção: todo ato de aproveitamento de solo urbano, em maior ou menor escala, é capaz de produzir impactos urbanísticos (positivos ou negativos), que serão espargidos pelas redes de infraestrutura urbana. Também é certo que as atividades de aproveitamento de tais imóveis causarão, sempre, as denominadas “cargas urbanísticas”, assim considerados os impactos causados pela interferência humana na cidade⁶⁹ - voltam à baila, assim, as noções de busca de equilíbrio social, direito à cidade e implementação das suas funções sociais, que justificam e ilustram o planejamento urbanístico em sentido amplo, e especialmente a definição de zonas de uso com diferentes coeficientes de uso e ocupação do solo no Município.

⁶⁸ Ainda é possível encontrar na doutrina defensores da tese de que é possível ao Executivo, definido o zoneamento genérico do Município por lei, a alteração das zonas de uso mediante decreto, interpretando e atualizando a legislação positivada. Os eventuais excessos e arbitrariedades em tal mister seriam prontamente corrigidos pelo Judiciário (cf., por exemplo FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Disciplina Urbanística da Propriedade**. 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005, pp 117/118). JOSÉ AFONSO DA SILVA também admite tal possibilidade, citando alguma jurisprudência - TASP, 4ª C., re. Cavalcanti Silva, j. 10.09.57, RT 272/598; 3ª C., rel. Acácio Rebouças, RT 281/642; 1ª C., rel. Dimas de Almeida, RDA 72/158 (2008, p. 249). Tais posicionamentos parecem advir do entendimento de HELY LOPES MEIRELLES, exposto em seu **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed., p. 553, mas não espelham, com todo o respeito e acatamento, a atual condição da legislação urbanística em nosso País, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1.988. Julgamento paradigmático desta nova fase é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 045.352-0/5-00 (994.97.007222-3), pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Nesta, avaliando-se a chamada “Lei das Operações Interligadas” do Município de São Paulo (Lei 11.773/95), o E. Tribunal Bandeirante declarou a impossibilidade de alteração de índices urbanísticos determinados pela lei urbanística por ato administrativo do Executivo – ainda que a indigitada lei tratasse de alteração de índices para lotes, o raciocínio jurídico desenvolvido nos parece insofismável. Destacamos o seguinte trecho do acórdão: “O trato da matéria urbanística se dá por intermédio de lei, em especial, no que concerne aos índices urbanísticos e ao perfil de uso e ocupação do solo, sendo este o único modo de se garantir, de fato, a higidez urbanística, razão pela qual o legislador paulista cometeu à lei municipal as diretrizes do plano diretor, as normas de zoneamento e loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo e índices urbanísticos, sendo defeso, portanto, traçar regras inovadoras no universo jurídico por ato administrativo, até porque se cuidaria de delegação igualmente não permitida.” (rel. Hermes Pinotti, j. em 14.02.2001 – acórdão disponível no web-site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=1272935> – consulta em 03/03/2011). No mesmo sentido, Ap. Cível n. 317.245-5/2-00, rei. Christine Santini, j. 18.12.07; Ap. Cível n. 386.590.5/6-00, rel. Luis Francisco Aguilar Cortez, j. em 17/02/2009.

⁶⁹ ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Plano Diretor e Estatuto da Cidade** – Medidas Cautelares e Moratórias Urbanísticas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 51/52.

2.3.4 A Ordem Urbanística

A chamada “ordem urbanística” é um bem jurídico que integra o conjunto de valores ou bens a serem defendidos pela ação civil pública (art. 1º, inc. VI, da Lei n. 7.347/85, com a redação dada pelo art. 53 da Lei n. 10.257/01). Como alerta LEME MACHADO⁷⁰,

“Não se definiu explicitamente a locução ‘ordem urbanística’. Parece-me razoável buscar no § 1º do art. 1º da Lei 10.257/2001 uma orientação para estabelecer seu conceito. Ordem urbanística é o conjunto de normas de ordem pública e de interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos.

“A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários ou especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça.”.

Releva destacar que a ação civil pública é instrumento de tutela judicial de interesses transindividuais (difusos, coletivos, ou individuais homogêneos), posto à disposição de seus legitimados para que seja possível exigir do Estado o respeito a direitos advindos de situações jurídicas que ultrapassam o âmbito individual. A elevação da “ordem urbanística” à categoria de bem jurídico tutelável pela ação civil pública, desta forma, é mais um reflexo da constatação, de que há a necessidade de garantir a sustentabilidade e harmonia do tecido urbano como meio de promover a justiça social e o bem-estar coletivo – é, em outros termos, mais um aspecto da atividade urbanística estatal.

Com efeito, a tutela jurídica da ordem urbanística pela ação civil pública fornece ao Município e aos legitimados em geral, de maneira incontestada, a possibilidade de exigir judicialmente a observância de regras e diretrizes positivadas na legislação urbanística e que são objeto da atividade urbanística do Poder Público. Em outros termos, “o papel a ser desempenhado pela ação civil pública voltada à proteção da ordem urbanística é o de dar efetivo cumprimento às diversas normas de conteúdo material previstas no Estatuto da Cidade e, evidentemente, em

⁷⁰ LEME MACHADO, *op. cit.*, 2009, pp. 392/393.

outros diplomas legislativos federais, estaduais, distritais ou municipais que digam respeito à ordem urbanística.”⁷¹.

Observa-se que a opção do legislador em criar expressamente a possibilidade da tutela jurisdicional por meio de ação civil pública para este bem material específico (ordem urbanística) parece ter por escopo afastar a discussão sobre a admissibilidade desta ação para a defesa ou promoção de quaisquer questões de cunho urbanístico que ultrapassem a escala individual, haja vista a expressão “quaisquer outros direitos difusos ou coletivos” utilizada no art. 1º, inc. IV da Lei n. 7.347/85⁷². Não há dúvida que o interesse transindividual à cidade desenvolvida de maneira socialmente justa e equilibrada deve ser classificado como do tipo “difuso”, embora a tutela judicial de tal interesse, eventualmente, e a depender da lesão realizada ao bem jurídico “ordem urbanística”, possa ser requerida em face de um interesse coletivo em sentido estrito ou mesmo individual homogêneo. Por consequência, a inserção do inciso VI no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública acaba por dar completude formal ao sistema jurídico entabulado a partir do art. 182 da Constituição Federal: o Poder Público tem o dever-poder de exercer a atividade urbanística na forma e para os fins constitucional e legalmente estatuídos, sendo a ação civil pública o instrumento jurídico hábil a exigir do Poder Judiciário a correção de eventuais lesões (futuras ou atuais) ao bem jurídico “ordem urbanística”⁷³.

Importante ressaltar, também, que a alteração formal promovida na Lei da Ação Civil Pública pelo Estatuto da Cidade apenas detalhou a diretriz do ordenamento jurídico brasileiro alinhavada na Constituição Federal de que o meio ambiente urbano equilibrado é bem jurídico não só passível de tutela como reconhecidamente indispensável ao bem-estar da população que vive nas cidades.

Tal legislação reafirma a imprescindibilidade de atuação do Poder Público para a tutela do meio ambiente urbano e evidencia a tensão entre o interesse difuso à ordenação adequada do espaço físico-social da cidade, para a necessária fruição

⁷¹ BUENO, Cássio Scarpinella. Ação Civil Pública e Estatuto da Cidade *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 405.

⁷² Ibid., 2006, pp. 404/405.

⁷³ Revela a preocupação do legislador em garantir a efetividade da tutela jurisdicional da ordem urbanística por intermédio da ação civil pública a disposição veiculada no art. 54 do Estatuto da Cidade, que deu nova redação ao 4º da Lei n. 7.347/85, e incluiu expressamente a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar autônoma ou preparatória em face de possível lesão à ordem urbanística.

de suas funções sociais, e os interesses individualmente considerados dos proprietários de terrenos, que pretendem auferir o máximo proveito desta condição. Elementos centrais deste debate são as discussões acerca da edificabilidade em solo urbano e da natureza jurídica do potencial construtivo, itens abordados na sequência deste estudo. Por ora, importa destacar que o urbanismo dá condições técnicas formais ao planejamento urbano, que é tornado exigível pela lei urbanística elaborada de acordo com os princípios e regras estatuídos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade – tal é a ordem urbanística a ser implementada pela atividade urbanística do Município e exigível junto ao Judiciário, sendo o plano urbanístico o ponto de partida para a sua compreensão. Exatamente em virtude de tal condição, releva analisar os métodos e instrumentos de interpretação que dão suporte à compreensão do direito à cidade e do direito urbanístico, detalhados no Capítulo 3 deste estudo.

2.3.5 Cidades Sustentáveis

O Estatuto da Cidade traz como objetivo da política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis, assim entendido como o direito a terra urbana, à moradia e ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (art. 2º, I, da Lei Federal nº 10.257/01). MEDAUAR ressalta que “por cidades sustentáveis pode-se entender aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com coordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos”⁷⁴.

Sobre o tema, esclarece CARVALHO FILHO⁷⁵:

“O direito a cidades sustentáveis é, de fato, o direito fundamental das populações urbanas. Daí podermos assegurar que é esse direito que deve configurar-se como alvo prevalente de toda política urbana. Como a urbanização é um processo de transformação da cidade com vistas à melhoria das condições da ordem urbanística, exige-se que o processo não perca de vista esta garantia atribuída à coletividade. Sem conferir-se a tal

⁷⁴ MEDAUAR, *op. cit.*, 2004, p. 27.

⁷⁵ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 36.

direito a importância que deve ostentar, nenhuma ação de política urbana alcançará o bem-estar dos habitantes e usuários.

“Já nos referimos anteriormente à sustentabilidade das cidades, sublinhando o aspecto de harmonia e compatibilidade entre o desenvolvimento da cidade e o bem-estar de seus habitantes. Esse equilíbrio é indispensável. Não basta o desenvolvimento urbano isoladamente considerado, pois que há providências que só aparentemente espelham evolução, mas que, na verdade, não trazem qualquer benefício à coletividade, e algumas vezes até lhe causam gravames. Por outro lado, o bem-estar tem que ser geral, coletivo, não se podendo aquinhoar pequenos grupos com o benefício de sua exclusiva comodidade em detrimento do desenvolvimento da cidade. A cidade sustentável é exatamente a que observa o mencionado equilíbrio.”

Evidencia-se, pela doutrina colacionada, que a busca pela cidade sustentável não se configura como mera opção legislativa da corrente politicamente hegemônica no momento da edição da Lei n. 10.257/01. É, pelo contrário, síntese positiva do conteúdo jurídico constitucional acerca do direito urbanístico e do direito ambiental. A desenfreada urbanização brasileira ocorrida na segunda metade do século XX, criou, ao menos, o consenso de que há uma urgente necessidade de impedir que haja o crescimento desordenado dos núcleos urbanos, sendo necessário, para tanto, que se realize o planejamento urbanístico adequado. Tal planejamento, por seu turno, deverá contemplar não só as necessidades imediatas da população, mas deverá ter por escopo pensar e organizar o tecido urbano em perspectivas temporais de médio e longo prazo. Síntese deste conceito é encontrada no já destacado art. 225 da Constituição Federal, que dispõe: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A regulação urbanística do desenvolvimento das cidades tem impacto direto no meio ambiente urbano. No dizer de DI SARNO, a qualidade de vida urbana será concretizada na medida em que a oferta suficiente e a boa conexão entre as funções da cidade se antecipem às necessidades, sendo curial o papel do direito urbanístico nesta tarefa. Segundo a autora⁷⁶,

“Percebemos que o Direito Urbanístico ordena os espaços habitáveis por meio de normas jurídicas e verificamos que seu objeto extrapola, em muito, a mera ordenação territorial, pois visa a convivência pacífica, digna e harmoniosa dos habitantes. Este ramo do Direito Público terá o objetivo de impedir gravame nas condições de vida naqueles aspectos que lhes forem pertinentes. Deverá corrigir distorções, eliminar ações coletivas, valorizar

⁷⁶ DI SARNO, *op. cit.*, 2004, pp. 99/100.

elementos que estimulam a dignidade da localidade, por intermédio da história, do ambiente e do trabalho.

“Toda esta análise recai no princípio do desenvolvimento sustentável, que é o que atende às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas. Considerando que grande parte da população mundial vive em cidades, a vida saudável que proclama este princípio será desenvolvida na urbe e, portanto, conseguida principalmente por meio de uma visão urbanística integrada ao meio ambiente.”

Observa-se, assim, que o controle acerca do planejamento encetado sob as diretrizes constitucionais e legais vigentes e veiculado por intermédio dos planos urbanísticos positivados em lei terá influência direta na qualidade de vida nas cidades, especialmente sob o aspecto da sustentabilidade da vida urbana.

Na esteira do lecionado por LEME MACHADO, forçoso é reconhecer que a defesa do meio ambiente é diretriz de atuação para o setor público e para os particulares por determinação constitucional. Com efeito⁷⁷,

“a defesa do meio ambiente passa a fazer parte do desenvolvimento nacional (arts. 170 e § 3º). Pretende-se um desenvolvimento ambiental, um desenvolvimento econômico, um desenvolvimento social. É preciso integrá-los no que se passou a chamar de desenvolvimento sustentado. O conceito de desenvolvimento sustentado foi desfraldado pela ONU através de sua Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento.”

O conceito de sustentabilidade demonstra o desiderato de crescimento da economia sem que sejam destruídos os recursos e o ambiente dos quais o futuro depende. A idéia subjacente ao desenvolvimento sustentável é a manutenção do crescimento econômico de forma que os impactos sociais e ambientais desse crescimento permaneçam em equilíbrio. A integração das diversas formas de desenvolvimento, a adequada gestão da propriedade privada e da propriedade pública tem um peso relevante. A Constituição Federal dá a fórmula para o uso da propriedade: a sua função social⁷⁸.

Relembra SUNDFELD, neste passo, que como o espaço urbano é parcelado, sendo objeto de apropriação privada e estatal, a função social da cidade tem que ser cumprida pelas suas partes, isto é, pelas propriedades urbanas. A política urbana, assim, tem a missão de viabilizar o pleno desenvolvimento das funções sociais do todo (a cidade) e das partes (cada propriedade em particular)⁷⁹. A

⁷⁷ LEME MACHADO, *op. cit.*, 2009, p. 154.

⁷⁸ LEME MACHADO, *op. cit.*, 2009, p. 155.

⁷⁹ SUNDFELD, *op. cit.*, 2001, p. 54.

resultante da eficiência da política urbana é o equilíbrio urbano e a cidade sustentável – observa-se, destarte, que o direito a cidades sustentáveis acaba por confirmar-se como o alvo prevalente de toda política urbana⁸⁰.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 36.

3 DIREITO À CIDADE E DIREITO URBANÍSTICO: INTEGRAÇÃO E ATUALIZAÇÃO

Para a compreensão da proposta de leitura do ordenamento jurídico apresentada neste estudo (em especial a referente ao direito urbanístico e ao direito à cidade), mostra-se adequada a exposição de certos métodos e instrumentos de interpretação jurídica. A introdução à teoria da Hipótese Legal e da abertura dos textos constitucionais e legais e o estudo da técnica da interpretação *ex nunc* tendem, destarte, a auxiliar ao perfeito entendimento dos mecanismos de conformação e atualização do texto positivo expostos neste trabalho, imprescindíveis às conclusões nele alcançadas.

3.1 DIREITO À CIDADE E INTEGRAÇÃO ENTRE OS RAMOS DO DIREITO

A tessitura do direito à cidade permite um questionamento de cunho metodológico. Com efeito, tomando-se por base as informações já colacionadas, observa-se que a ideia de direito à cidade envolve um verdadeiro conjunto de exigências legítimas para a existência de condições de vida satisfatórias, dignas e seguras nas cidades, quer para os indivíduos, quer para os grupos sociais⁸¹. Tais exigências alcançam, por evidência, os mais diversos campos da atuação estatal e privada, com disposições jurídicas correlatas em não menos numerosos ramos do Direito. A questão que se propõe, pois, é como realizar, no ordenamento jurídico, o amálgama de tais informações e preceitos, de modo a garantir que o direito à cidade (e, por extensão, o direito urbanístico) possa ser reconhecido como um direito fundamental à regulação do meio ambiente urbano.

O conceito de direito à cidade, assim, traz a lume a importância e a necessidade de colacionar elementos normativos de diversos ramos do Direito para a compreensão mais abrangente do regramento incidente sobre o espaço urbano e as relações nele existentes. Importante marco teórico sobre o tema é o elaborado

⁸¹ LEFEBVRE, Henry. **O Direito à Cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2008, pp. 105 e ss.

pelo jusfilósofo alemão KARL ENGISCH, especialmente o exposto em sua obra “Introdução do Pensamento Jurídico”⁸².

3.1.1 Hipótese Legal e Interpretação *Ex Nunc*

Para ENGISCH, somente a leitura do ordenamento jurídico como um todo (obviamente realizada sob as luzes da Lei Maior) estabelecerá a chamada “Hipótese Legal” aplicável ao caso concreto em exame pelo aplicador do Direito. Em seu dizer⁸³,

“Uma primeira e mais complicada tarefa de que o jurista tem de se desempenhar para obter a partir da lei a premissa maior jurídica consiste em reconduzir a um todo unitário os elementos ou partes de um pensamento jurídico-normativo completo que, por razões ‘técnicas’, se encontram dispersas – para não dizer violentamente separadas. Mais exatamente, é tarefa do jurista reunir e conjugar pelo menos aquelas partes constitutivas do pensamento jurídico-normativo que são necessárias para a apreciação e decisão do caso concreto.”

A “hipótese legal” é a reunião de elementos normativos aplicáveis a determinada relação de vida, gerando, assim, consequências jurídicas positivas ou negativas (direitos, deveres, responsabilidades e sanções). Como num quebra-cabeça, ENGISCH propõe que o jurista organize os fragmentos de norma esparsos pelo ordenamento, realizando um trabalho de coleta de elementos para a formação de um produto final. A proposta teórica tem notável adequação com a idéia de conformação do direito à cidade, especialmente considerando-se o caráter compósito dos elementos jurídicos que o alimentam. De fato, uma rápida avaliação de seu campo de abrangência indica ter o direito à cidade tem regramento em diversos ramos do direito, tais como o direito civil, processual, penal, constitucional, administrativo etc. É tarefa do jurista, então, conhecer o ordenamento para enunciar a norma jurídica (a “Hipótese Legal”), revelando todas as consequências jurídicas (como dito, positivas ou negativas) da sua aplicação.

⁸² As referências expostas neste tópico são extraídas da obra: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

⁸³ Ibid., 2008, p. 116.

É de lembrar-se, neste ponto, ser o Direito, em virtude do objeto que regula, essencialmente dinâmico. A sua melhor leitura, assim, torna-se cambiante em razão de modificações não só advindas da Lei, mas também dos valores e fatos sociais que induzem à confecção e leitura da norma.

Tal afirmação, ressalte-se, não pretende esvaziar o princípio da legalidade, basilar e inelidível para a Administração Pública. A intenção é tão somente alertar que a interpretação jurídica em geral deve ser feita levando-se em consideração o real conteúdo do conceito jurídico no momento histórico em que ele deve ser aplicado. Nestes termos, a interpretação jurídica, a busca pela Hipótese Legal, deve ser feita baseada na *mens legis* (vontade da lei), e não na *mens legislatoris* (vontade do legislador), sendo certo que somente se descobrirá a *mens legis* capturando-se no ordenamento jurídico o maior número de elementos possível, de modo a formatar uma mais completa Hipótese Legal.

Tal entendimento, denominado pela doutrina como objetivista (em contraposição aos subjetivistas, defensores da idéia do *mens legislatoris*) pode ser ilustrado pelo ensinamento de ENGISCH⁸⁴:

“Com o acto legislativo, dizem os objetivistas, a lei desprende-se do seu autor e adquire uma existência objetiva. O autor desempenhou o seu papel, agora desaparece e apaga-se por detrás de sua obra. A obra é o texto da lei, a <<vontade da lei tornada palavra>>, o <<possível e efectivo conteúdo de pensamento das palavras da lei>>. Este conteúdo de pensamento e de vontade imanente à lei é de futuro o único decisivo. Com efeito, só ele se constituiu e legalizou de acordo com a Constituição, ao passo que as representações e expectativas que em volta dele pairam, não adquiriram carácter vinculativo algum. Ao contrário: como qualquer outro, também aquele que participou no acto legislativo fica, de agora em diante, ele próprio, sujeito à lei.”

Adiante, afirma o autor⁸⁵:

“As novas disposições legais reflectem sobre as antigas o seu conteúdo e modificam-nas. Mas não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenómenos técnicos, económicos, sociais, políticos, culturais e morais tem de ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes”...“<<A lei, logo que surge na existência, insere-se num campo de forças social do qual, de agora em diante, ... ela vai retirar a nova configuração do seu conteúdo >> (MEZGER) ”...” Logo:

⁸⁴ ENGISCH, *op. cit.*, 2008, p. 172.

⁸⁵ *Ibid.*, 2008, p. 175.

interpretatio ex nunc e não *interpretatio ex tunc*. A partir da situação presente é que nós, a quem a lei se dirige e que temos de afeiçoar de acordo com ela a nossa existência, havemos de retirar da mesma lei aquilo que para nós é racional, apropriado e adaptado às circunstâncias.”

Nos termos alinhavados pelo jusfilósofo, a análise histórica da edição da norma jurídica é enriquecedora em diversos aspectos, mas *s.m.j.*, serve basicamente como elemento de convencimento – a revelação do sentido da disposição legal, repise-se, será buscada no ordenamento jurídico ora vigente, tendo por fundamento o texto constitucional. Alerta, sobre o tema, LUÍS ROBERTO BARROSO⁸⁶:

“De fato, uma vez posta em vigor, a lei se depreende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores. Isso é tanto mais verdade quanto mais se distancie no tempo o início de vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*. Não é, propriamente, que a vontade subjetiva do legislador seja inteiramente indiferente. O que remarcam os objetivistas é que ela não é determinante e deve concorrer com outros fatores relevantes. Com agudeza, e não sem certa ironia, Raúl Canosa Usera observa que a preponderância entre a vontade do legislador ou da lei dependerá, sempre, de uma terceira vontade: a do intérprete atual”.

3.1.2 O entendimento integrado das normas urbanísticas

O marco teórico ora exposto aproveita a este estudo ao permitir não só compreender o conceito do direito à cidade, mas também a todo o ordenamento jurídico ora vigente em nosso País. Para o direito urbanístico, é essencial para o entendimento acerca das disposições referentes à propriedade urbana e edificabilidade em solo urbano.

Tendo em vista a afirmativa retro de que interpretação objetivista depende não só do ordenamento jurídico estabelecido, mas também de todo o complexo de variações sociais e de valor vigentes na sociedade em que vige, e levando-se em consideração a teoria da Hipótese Legal, interessante destacar a característica distintiva do direito urbanístico arrolada por DA SILVA, brevemente citada retro

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

como um de seus princípios informadores: a da coesão dinâmica. Segundo seu entendimento, estribado no italiano Mazzoni, “a visão estática da norma singular e da sua *ratio* não é suficiente para individualizar a essência do fenômeno Urbanístico”. Isto porque “a norma urbanística é, por sua natureza, uma disciplina, um modo, um método de transformação da realidade, de superposição daquilo que será a realidade no futuro àquilo que é a realidade atual”⁸⁷. Em seu dizer⁸⁸,

“Por essa razão é que denominamos *coesão dinâmica* a essa particularidade das normas urbanísticas, a fim de denotar que a sua eficácia somente (ou especialmente) decorre de grupos complexos e coerentes de normas e tem sentido transformacionalista da realidade. É que ‘a norma urbanística, se tomada isoladamente, não oferece nenhuma imagem possível de mudança real, em relação a determinado bem; ela precisa de um enquadramento global, numa visão dinâmica com outras normas, e mesmo com todo sistema de normas urbanísticas que, somente no seu complexo, é idôneo a fornecer a visão real do tipo e da quantidade de mudança que, em relação àquele bem, pode e deve verificar-se. “Isso importa que a prospectiva globalmente dinâmica seja essencial ao discurso urbanístico, não só, como é óbvio, sob o perfil sócio-econômico, mas também sob o perfil mais estritamente jurídico; de tal necessidade não parece que a doutrina haja tomado consciência concretamente.”

Partindo-se da premissa de que a norma de direito urbanístico é revelada pela avaliação do conjunto de comandos normativos de cunho urbanístico em relação à realidade que pretende transformar, e sendo certo que tais comandos dependem de informações advindas da dinâmica socioeconômica para sua perfeita caracterização, conclui-se que o conteúdo das normas de direito urbanístico depende do influxo de informações do meio social que pretende regular, em uma dinâmica constante.

Observa-se, aqui, mais que uma relação direta entre aplicação da teoria de ENGISCH e o princípio informador da coesão dinâmica das normas de direito urbanístico, outro elemento relevante a ponderar na hermenêutica jurídica aplicável especialmente a este ramo do Direito: a atualização dos comandos normativos por mutação advinda da alteração ontológica e axiológica do seu âmbito de regulação.

⁸⁷ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, pp. 62/63.

⁸⁸ *Ibid.*, 2008, p. 63.

3.2 DIREITO À CIDADE E ATUALIZAÇÃO DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

Não bastasse a amplitude de tal trabalho quando realizado estritamente na órbita do ordenamento positivo, a construção da Hipótese Legal com base na interpretação *ex nunc*, por parte do jurista, deverá levar em consideração as possibilidades de reconhecimento do significado do comando jurídico que atendam a necessidade atual de prevenção e composição dos conflitos. Neste sentido, alerta SIQUEIRA CASTRO⁸⁹:

“Afinal, cumpriria indagar: a complexidade do jurídico consiste na operação estritamente tecnicista de saber capitular ao caso concreto o conceito normativo aplicável (como que catalogando os fatos da vida às hipóteses legais previstas nos textos normativos) ou, mais do que isso, consistiria em intensificar, em todas as suas possibilidades deontológicas, e de modo a acompanhar e fazer face à complexidade da vida, a compreensão da norma aplicável, estabelecendo, assim, novas cadeias de regulação e novos conteúdos de sentido?”

A resposta, de acordo com o próprio jurista fluminense, passa pelo reconhecimento de que o caráter precipuamente principiológico da Constituição Federal de 1.988. Tal característica permite considerar não só a ela, mas a todo o ordenamento jurídico brasileiro como um sistema aberto, no qual convivem, em reciprocidade, e em contínua interpelação mútua, normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza preceptiva (aquelas que vêm alargar, fecundar e comunicar novas possibilidades semânticas e horizontes deontológicos ao plano básico da previsão textual contida na respectiva redação).

Dentro deste contexto de abertura jurídica, como condição para a manutenção do caráter utilitário do Direito, impõe-se ao jurista o dever de revisitar criticamente antigas leituras do ordenamento jurídico, aferindo se tais ainda traduzem as expectativas contemporâneas da sociedade ou ferem seu sentimento de justiça. Na verdade, mais do que catalogar, impõe-se não só à jurisprudência, mas sobretudo ao profissional de direito, intensificar o conhecimento do fenômeno

⁸⁹ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 46.

jurídico, encontrando novas conexões de sentido que as normas mantêm entre si e com os princípios ético-diretivos do ordenamento jurídico, que tem como um de seus princípios-vetores o da dignidade humana. Tal dever, enfim, incumbe e vincula a todos, Administração Pública e administrados, Estado e sociedade⁹⁰.

Tal proposta de dogmática jurídica⁹¹, de central importância para o direito urbanístico e para o direito à cidade, exige a compreensão sistêmica das normas constitucionais, e infraconstitucionais, de modo a permitir da maneira mais razoável possível a ponderação de interesses e a solução de conflitos aparentes entre tais normas. Em sua função de tornar decidíveis conflitos postos à apreciação dos operadores do Direito, especialmente do Poder Judiciário e da Administração Pública, estabelece os limites e padrões para as diferentes combinações que advêm de um sistema complexo, sem abrir mão da vinculação às normas jurídicas - assim, longe de laborar na incerteza e insegurança jurídica, tal método permite a atualização e contextualização de todo o ordenamento.

Há, desta forma, um movimento de revelação do sentido do comando normativo, exurgindo eventualmente uma nova compreensão de seu conteúdo em virtude de novos elementos - legalmente positivados, e de fato e valor – adicionados à sua leitura. Esta descoberta do novo texto, entretanto, ocorrerá utilizando-se os métodos de interpretação jurídica já de há muito conhecidos pelos operadores do direito. O caráter de garantia técnico-operacional do Direito, criado e destinado para a resolução de conflitos sob regras objetivamente estatuídas não é, assim, afetado pela hermenêutica que se utiliza de tal dogmática jurídica: estabelece-se, isso sim,

⁹⁰ SIQUEIRA CASTRO, *op. cit.*, 2010, p. 52.

⁹¹ A Dogmática Jurídica pode ser compreendida como a parte da ciência jurídica que avalia criticamente e classifica os preceitos jurídicos que constituem o direito positivo de determinado país. Ela labora com dados que pressupõe verdadeiros (pensa *ex datis*), observando determinado sistema jurídico e dele extraindo sua visão sobre seu funcionamento orgânico. A Dogmática, assim, define os campos de possível atuação do operador do Direito, uma vez que condiciona seu atuar a preceitos legais estabelecidos na norma jurídica. A conduta humana legalmente permitida (autorizada, determinada) fica adstrita ao regulamento extraído da leitura do sistema jurídico – as atuações consideradas *contra legem* são sancionáveis, de acordo com as regras pré-estabelecidas no próprio sistema. Há, na Dogmática Jurídica, um evidente escopo: é preciso apontar soluções para as lides. Partindo do princípio da inegabilidade dos pontos de partida, interpreta as disposições do ordenamento jurídico, e encerra seu trabalho (em termos jurídicos) no momento da sentença ou decisão administrativa. Não há, *a priori*, compromisso com a satisfação quanto ao resultado alcançado pelas partes, uma vez que a sua função é permitir avaliar se foram aplicados ao caso todos os preceitos jurídicos pertinentes, acentuando-se, destarte, sua pretensão de neutralidade e imparcialidade frente ao fato social. (Cf. KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica, *in* KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. pp. 25/26; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199).

como defesa contra o arbítrio e o excessivo subjetivismo, uma vez que condiciona e orienta o processo de decisão com regras que contemplam o influxo de informações extrapositivas, sem que se permita a obliteração do texto jurídico formalmente aprovado. Ainda no dizer de ENGISCH, a Ciência do Direito (que dá supedâneo à dogmática jurídica) deve ser prática, isto é, seu conhecimento é voltado a finalidades práticas: deve servir ao aperfeiçoamento do próprio Direito, assim como influenciar o legislador e o julgador.

Para o atendimento desta necessidade de atualização dos preceitos jurídicos, de modo que o Direito possa dar respostas satisfatórias às demandas que lhes são submetidas, releva a função da hermenêutica jurídica, destacando-se o papel da doutrina e da jurisprudência. A hermenêutica, em sua tarefa de estabelecer os critérios e princípios que norteiam a interpretação jurídica, possibilitará a contextualização dos comandos normativos formalmente estabelecidos e a manutenção da eficácia do Direito, que é base de sua própria existência⁹². Isto é especialmente destacado em seus novos ramos, ainda em fase inicial de desenvolvimento, como o ora apresentado direito urbanístico – a criação e desenvolvimento de seus institutos e a revelação do alcance de seus instrumentos dependerá das possibilidades de leitura do direito positivo franqueadas pelo texto constitucional.

⁹² Sobre o tema discorre KARL LARENZ: “Que a jurisprudência intenta cumprir sobretudo uma tarefa prática é algo que deveria ser pacífico. Em países de direito codificado, esta tarefa decorre de que as leis não só carecem de permanente interpretação, mas necessitam também de <<colmatar lacunas>> e de se adequar a diferentes situações e, além disso, da crescente necessidade, cada vez mais complexa, de clareza e de sintonização das normas entre si; por último, decorre da exigência de evitar contradições valorativas, o que, por sua vez, decorre do princípio de <<igual medida>> ou seja da idéia de justiça. A Jurisprudência está empenhada, através de um tratamento adequado do material que lhe é dado nas leis e nas sentenças dos tribunais, em alcançar critérios precisos para solução de questões jurídicas e a decisão de casos jurídicos e, bem entendido, nos quadros do Direito que em cada momento vigora e em suas valorações fundamentais. (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 326).

3.2.1 Sistema Jurídico Aberto, Princípios Jurídicos e Capacidade de Aprendizagem das Normas Jurídicas

A discussão sobre a necessidade de promover a atualização do texto constitucional traz a lume o conceito de sistema jurídico, e de ordenamento jurídico aberto e fechado.

Com base nos ensinamentos de MARIA HELENA DINIZ, é possível afirmar que “sistema” significa nexo, uma reunião de coisas ou conjunto de elementos, e método, um instrumento de análise. O sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva: é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É um modo de ver e ordenar logicamente a realidade que, por si, não é sistemática. Todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos, constituintes de seu repertório, que se relacionam entre si conforme certas regras. Tais regras, por seu turno, formam a estrutura do sistema – o que dará coesão ao sistema é a estrutura. Segundo a autora,⁹³:

“Esse sistema será fechado quando a introdução de um novo elemento o obriga a mudar as regras, ou seja, a estrutura, e a elaborar uma nova regra. Por exemplo: o jogo de xadrez é um sistema fechado, porque se inventarmos uma peça nova ao lado do cavalo, um burro, exemplificativamente, teremos que criar uma regra nova que diga como o burro anda: de costas, ou se pode pular como o cavalo etc. O sistema fechado é completo porque contém uma norma que regula todos os casos, e retrospectivo, uma vez que se refere a fatos que circunscreveu. Será aberto quando se pode encaixar um elemento estranho sem necessidade de modificar a sua estrutura. Como exemplo, poder-se-ia citar a língua portuguesa, na qual podemos utilizar uma palavra pertencente ao repertório de outro sistema sem alterar a estrutura gramática, dentro de um certo limite, como na frase ‘Yes é um termo inglês’. Porém, se empregasse quatro vocábulos ingleses e um português, haveria quebra do sistema linguístico português. Isso porque há um certo limite para a abertura do sistema. O sistema aberto é incompleto e prospectivo, porque se abre para o que vem, alterando suas regras.

“Do exposto, pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela Ciência do Direito.”

⁹³ DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a. pp. 25/26.

A clareza do texto permite concluir que a idéia de uma Constituição de interpretação dinâmica, e por consequência aberta, leva em conta exatamente a possibilidade de inserção de novos elementos no significado de suas disposições sem que, com isso, haja alteração do conceito de Direito adotado em um país. Os novos dados a ponderar na revelação do sentido dos preceitos jurídicos da Constituição não alteram sua condição de fonte validadora do ordenamento jurídico que ilustra – antes, e em sentido contrário, complementam seu significado, conferindo-lhe cada vez mais eficiência em sua função, uma vez que os institutos jurídicos criados e compreendidos a partir de seu texto passam a ter condições de acompanhar a mudança do fato social e dos valores da sociedade. A possibilidade de atualização dos comandos normativos trazidos no direito positivo, enfim, acaba por se mostrar uma característica típica do moderno Estado Democrático de Direito, sendo certo que a necessidade de observância do princípio da legalidade por parte do Poder Público acaba por contemplar e absorver tal condição.

Neste sentido, o autor português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO esclarece que o sistema jurídico do estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios e, para comprovar tal assertiva, arrola os seguintes elementos típicos⁹⁴:

“(1) é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; (2) é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; (3) é um sistema normativo porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita através de normas; (4) é um sistema de regras e princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a forma de regras.”

Como já asseverado, o sistema jurídico será aberto quando se puder encaixar um elemento antes não previsto em seu repertório sem a necessidade de modificar a sua estrutura. A abertura da Constituição, por seu turno, parte do reconhecimento

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1.159.

de seu valor normativo, e da sua composição por preceitos jurídicos que se manifestam como princípios⁹⁵ e regras⁹⁶ jurídicas.

A “capacidade de aprendizagem” das normas jurídicas, assim compreendida a possibilidade de reconhecimento de novos significados de seus comandos pela adição de elementos jurídicos e extrajurídicos que influenciem seu significado, manifesta-se especialmente nos princípios jurídicos.

Os princípios jurídicos têm na Constituição a sua ambiência natural, e apresentam-se especialmente abertos ao influxo de informações ontológicas e axiológicas capturadas no corpo social. Com tal característica, permitem-se reconhecer e equilibrar os diversos direitos a serem atendidos tanto quanto possível, e a construir novos conceitos e institutos jurídicos a partir de sua leitura assim atualizada. Em outros termos, pela sua própria essência e finalidade, os princípios jurídicos são conceitos não fechados, sendo imprescindível a detecção do fato e do valor social envolvidos no caso a solucionar para sua perfeita conformação e ponderação⁹⁷.

No que toca aos princípios constitucionais afetos ao direito urbanístico, destacam-se o do “pleno desenvolvimento das funções da cidade” e o da “garantia do bem-estar de seus habitantes”, trazidos no art. 182 da Constituição Federal. Tais princípios, observa-se, são extremamente abertos aos avanços da tecnologia e das condições sociais em geral – a conceituação de “pleno desenvolvimento” e de “bem-estar” é aferível com base em informações obtidas no mundo em que vivemos. São

⁹⁵ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

⁹⁶ “A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão.”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

⁹⁷ No dizer de MARIA IGLESIAS VILA, os princípios são os “Conceitos Essencialmente Controvertidos”, ou seja, conceitos valorativos referentes a bens complexos que podem ser descritos de diferentes formas, residindo sua utilidade na controvérsia competitiva que geram. (VILA, Maria Iglesias. Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional, in **“Constitución: Problemas Filosóficos”**, org. LAPORTA, Francisco J. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales do Ministério de La Presidencia, Secretaría General Técnica, 2003, p. 255.

preceitos que, ao mesmo tempo em que exigíveis juridicamente, são caracteristicamente cambiantes no tempo e no espaço.

Em termos de direito urbanístico, entretanto, é preciso destacar que a legislação infraconstitucional típica deste ramo do direito detém a característica de ser extremamente apta a apreender a mudança dos fatos e valores sociais – tem, em outros termos, uma grande capacidade de atualização do significado normativo de seus comandos. Tal ocorre em razão de o direito urbanístico laborar em estreita relação com a ciência do urbanismo, o que faz com que seus enunciados jurídicos necessitem de diversos elementos não objetivos, extrajurídicos, para sua exata compreensão, seja no tocante às suas diretrizes ou mesmo nas regras a si pertinentes⁹⁸.

Com efeito, e somente à guisa de exemplo, expressões como “interesse social”, “bem-estar coletivo”, “equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados” aos “interesses e necessidades da população”, “utilização inadequada dos imóveis urbanos”, “usos incompatíveis ou inconvenientes”, “parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana”, “retenção especulativa de imóvel urbano” e “justa distribuição”, presentes nos artigos 1º e 2º do Estatuto da Cidade revelam a alta carga valorativa envolvida na avaliação de comandos básicos – diretrizes e regras – da legislação urbanística.

As ideias acerca do papel central da Constituição no Estado de Direito e a função dos princípios jurídicos na sua leitura e atualização tem, logicamente, profunda relevância para o sistema jurídico pátrio como um todo, e, especialmente, para o direito urbanístico, tão dependente da realidade social que regula para a eficácia máxima de suas disposições. A natureza de interesse transindividual expressamente atribuída à ordem urbanística pelo Estatuto da Cidade revela um elemento que caracteriza tais interesses: a sua intensa conflituosidade. Em ambiente urbano, como já apontado, tal conflituosidade se revela pela contraposição do direito à cidade, fundado no bem-estar coletivo, ao direito dos proprietários e empreendedores privados, que pretendem explorar ao máximo o solo urbano em

⁹⁸ É possível estabelecer-se um paralelo com a teoria do “tipo penal”. Nesta, aponta-se que o tipo penal detém três tipos de elementos: os objetivos, os subjetivos e os normativos. Os elementos normativos são aqueles que exigem uma valoração dentro do próprio campo da tipicidade, podendo apresentar-se como referências ao injusto (“indevidamente”, “sem justa causa”), sob a forma de termos jurídicos (“documento”, “função pública”) ou extrajurídicos (“dignidade”, “decoro”, “saúde”, “moléstia”). JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 1. Parte Geral, 27. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003. pp. 272/273.

benefício próprio⁹⁹. A atualização dos preceitos jurídicos referentes ao urbanismo, destarte, se mostra essencial à própria eficácia jurídica da legislação urbanística como um todo.

Com efeito, o caráter heterônomo do Direito garante que o mesmo pode ser imposto ou garantido pela autoridade competente, mesmo contra a vontade de seus destinatários, ensejando o seu descumprimento a aplicação de sanção pelos órgãos próprios estatuídos na sociedade¹⁰⁰. O seu caráter utilitário, contudo, é quotidianamente desafiado pelos fatos sociais, que criam situações jurídicas cada vez mais complexas e sofisticadas. O Direito Positivo, eleito como fonte precípua das normas jurídicas (art. 5º, II, da Constituição Federal) e base do sistema jurídico do País¹⁰¹, deve ser, assim, constantemente atualizado pela produção formal de diplomas legais e pela hermenêutica jurídica, de modo a garantir sua eficácia, e por consequência, sua própria existência.

A aceitação destas premissas expostas neste Capítulo é relevante para o direito urbanístico, fruto moderno da evolução da ciência do Direito que dá suporte ao Estado Democrático de Direito. Mais do que isso, a construção de um ordenamento jurídico que detecte, compreenda e utilize os influxos do fato social e dos valores vigentes nesta mesma sociedade é condição para a sua eficácia. O Direito existe com a finalidade de servir à sociedade, e necessita atualizar-se para que possa continuar a responder às demandas que lhe são ofertadas. A compreensão do atual conceito de propriedade é parte desta tarefa.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 356.

¹⁰⁰ Rememore-se, neste ponto, que nem toda norma de conduta socialmente aceita é norma jurídica, já que esta é, na já clássica síntese de Goffredo-Telles Junior, é “imperativo-autorizante”. Este conceito, como ensina DINIZ, significa que “a norma jurídica é imperativa porque prescreve as condutas devidas e os comportamentos proibidos e, por outro lado, é autorizante, uma vez que permite ao lesado pela sua violação exigir seu cumprimento, a reparação do dano causado ou, ainda, a reposição das coisas ao seu estado anterior”. (DINIZ, *op. cit.*, 2009, p. 387).

¹⁰¹ Para BOBBIO, “A produção do direito através de leis, isto é, através de normas gerais e abstratas, possibilita prever as consequências das próprias ações, liberta, pois, da insegurança proveniente de uma ordem arbitrária; a aplicação do direito de acordo com as leis é a garantia de tratamento igual para todos os que pertencem à categoria definida na lei, liberta, pois, do perigo de existir tratamento preferencial, ou prejudicial para este ou aquele indivíduo, este ou aquele grupo, o que aconteceria num julgamento casuístico”. (BOBBIO, Norberto. *Legalidade*, in BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 2, 13. ed., tradução de Carmen C., Varriale et. al. Brasília: UNB, 2009. p. 675). O fato do princípio da legalidade não ser contraposto (e sim confirmar) à “capacidade de aprendizagem” das normas jurídicas, baseada no reconhecimento do valor jurídico dos princípios e na observação do fato social a regular permeia o desenvolvimento deste estudo.

4 A PROPRIEDADE VISTA SOB A PERSPECTIVA URBANÍSTICA

Um dos institutos jurídicos mais diretamente impactados pelo avanço e atualização da hermenêutica jurídica é a *propriedade*. Já é possível avaliar, neste ponto do estudo, a sua mutação. Para tanto, mister se faz realizar uma análise comparativa entre o entendimento clássico sobre o tema e a atual visão publicística, utilizando-se importantes elementos de convicção que auxiliarão na estruturação da conclusão do tópico. Após definir e contextualizar o tema, este capítulo realiza uma avaliação crítica sobre os fenômenos da constitucionalização e publicização do direito civil, bem como acerca da função social da propriedade e da teoria do conteúdo mínimo da propriedade urbana.

4.1 PROPRIEDADE: FUNDAMENTO E CONCEITO

Um dos temas clássicos do Direito – e, segundo alguns, sua própria causa de existir -, a propriedade tem sido constante foco de atenção dos estudiosos dos mais diversos ramos do saber. Como expõe CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “a propriedade tem sido objeto das investigações de historiadores, sociólogos, economistas, políticos e juristas. Procuram todos fixar-lhe o conceito, determinar-lhe a origem, caracterizar-lhe os elementos, acompanhar-lhe a evolução, justificá-la ou combatê-la. Em obra sistemática, em monografia, em estudo avulso – é assunto sempre presente na cogitação do jurista.”¹⁰². Disso não difere o presente estudo, para o qual se apresenta necessário trazer algumas considerações breves a respeito do fundamento e do conceito da propriedade.

¹⁰² SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. v. IV: Direitos Reais, revista e atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 67.

4.1.1 Fundamento da Propriedade

Mostra-se conveniente trazer à colação um breve apanhado acerca da teoria dos *fundamentos do direito de propriedade*, que nada mais representam senão a justificação de sua existência. Neste sentido, a doutrina aponta como principais teorias a da ocupação, a da convenção, a da lei, a do direito natural, a do trabalho e a da personalidade. Interessa relacionar suas principais características:

- a) teoria da ocupação: o homem ocupou as coisas primitivamente quando estas ainda se encontravam sem dono, alargando seu domínio sobre a natureza. Posteriormente, as sucessivas transmissões somente alterariam a titularidade de tais coisas;
- b) teoria da convenção, segundo a qual a propriedade surgiu a partir de uma convenção tácita primitiva que garantia o respeito de cada pessoa sobre o direito de outrem e sobre as coisas que lhe pertencem, desde que o seu direito também fosse respeitado;
- c) teoria do direito natural ou da natureza humana: a propriedade deriva da própria natureza, uma vez que é condição necessária para a existência e desenvolvimento do ser humano;
- d) teoria do trabalho ou da especificação: a propriedade deriva do trabalho, que transforma a natureza e imprime nesta o cunho da personalidade humana;
- e) teoria individualista ou da personalidade: segundo esta concepção dinâmica de propriedade, exige-se uma constante integração entre o ser humano e a coisa possuída, de modo que tal atividade transforme, fecunde constantemente a coisa da qual se é proprietário;

- f) teoria da criação de lei ou positivista: para esta corrente, a propriedade foi criada pelo Estado, dependendo, pois, da lei para que adquirisse caráter jurídico. A propriedade é fruto e concessão do direito positivo¹⁰³.

Para DINIZ, a teoria mais sólida e coerente é a da natureza humana. Após ressaltar que a defesa da propriedade individual corresponde à própria defesa da sociedade, esclarece a autora ter sido a propriedade concebida ao ser humano pela própria natureza para que possa atender às suas necessidades e às de sua família. Por todas essas razões, bem como pela sua função social e pelo serviço que presta às sociedades civilizadas, justifica-se a existência jurídica da propriedade¹⁰⁴.

O mais relevante, para fins da pesquisa ora realizada, é observar que a propriedade, em quaisquer das doutrinas que buscam seu fundamento, tem por característica ser instrumento de desenvolvimento do ser humano. Tal característica influenciará a delimitação de seu conteúdo no ordenamento jurídico pátrio, especialmente tendo em conta o direito à cidade.

4.1.2 Conceito de Propriedade

Há uma grande dificuldade em apresentar um conceito jurídico de propriedade, a despeito de o tema ter sido tão estudado através dos tempos. Neste sentido, alerta SILVA PEREIRA que não existe desta um conceito inflexível, consistindo em equívoco cotejar o lineamento positivo sobre o tema e supor que tais disposições constituam a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento¹⁰⁵.

Para DINIZ, a propriedade é, em termos analíticos, “o direito que a pessoa natural ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como reivindicá-lo de quem o injustamente

¹⁰³ Cf. TORRES, Marcos Alcino. Impacto das novas idéias na dogmática do direito de propriedade *in* MOTA, Maurício (org.). **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 89/95.

¹⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4**. Direito das Coisas, 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 111.

¹⁰⁵ SILVA PEREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 67.

detenha”¹⁰⁶. Tal conceito é suficiente ao desenvolvimento do tema, pois traz ao enlevo os elementos constitutivos do domínio¹⁰⁷.

No que toca aos elementos constitutivos do domínio, leciona DINIZ¹⁰⁸:

- a) O “direito de usar” a coisa é o de tirar dela todos os serviços que ela pode prestar, sem que haja modificação de sua substância. O titular do *jus utendi* pode empregá-lo em seu próprio proveito ou no de terceiro, bem como deixar de utilizá-lo, guardando-o ou mantendo-o inerte. Usar do bem ou não é apenas retirar vantagens, mas também o ter em condições de servir. O *jus utendi* é o direito de usar a coisa, dentro das restrições legais, a fim de se evitar o abuso de direito, limitando-se, portanto, ao bem-estar da coletividade. Anota SILVA PEREIRA, sob este aspecto, que tal direito deve ser entendido de sorte que o proprietário não faça deste um instrumento de opressão, nem leve o seu exercício a extrair da propriedade benefícios exagerados em comparação com a carência circunstante, relevando-se a importância da obediência da sua função social¹⁰⁹;
- b) O *jus fruendi*, que se exterioriza na percepção dos frutos e na utilização dos produtos da coisa, consistindo no direito de gozar da coisa e explorá-la economicamente;
- c) O *jus abutendi* ou *disponendi*, que equivale ao direito de dispor da coisa ou poder de aliená-la a título oneroso (venda) ou gratuito (doação), abrangendo o poder de consumi-la e o poder de gravá-la em ônus (penhor, hipoteca, servidão etc.) ou de submetê-la ao serviço de outrem;

¹⁰⁶ DINIZ, *op. cit.*, 2010, p. 114.

¹⁰⁷ O conceito é o mesmo adotado por SILVA PEREIRA (*op. cit.*, p. 75). A doutrina, em seu labor, elaborou outros vários conceitos. Como exemplos podemos citar o de “domínio geral e independente de uma pessoa sobre uma coisa, para fins reconhecidos pelo direito e dentro dos limites estabelecidos”, e o de “uma relação de direito privado, pela qual uma coisa como pertença de uma pessoa é completamente sujeita à sua vontade em tudo que não seja vedado pelo direito público ou pela concorrência do direito alheio”. (ARIMATÉA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade** – limitações e restrições públicas. Franca: Lemos e Cruz, 2003. p. 28)

¹⁰⁸ DINIZ, *op. cit.*, 2010, pp. 114/115.

¹⁰⁹ SILVA PEREIRA, *op. cit.*, 2010, pp. 77/78.

d) Finalmente, o *rei vindicato*, consistente no poder que tem o proprietário de mover ação para obter o bem de quem injustamente o detenha, em virtude do seu direito de seqüela, que é uma das características do direito real.

É pertinente, ainda, trazer à colação o observado por DA SILVA, que anota ter a Constituição Federal consagrado tese desenvolvida especialmente na doutrina italiana segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e titulares. Desta forma, se mostra adequado falar não em “propriedade”, mas sim em “propriedades”. Segundo o autor¹¹⁰,

“Em verdade, uma coisa é a *propriedade pública*, outra a *propriedade social* e outra a *privada*; uma coisa é a *propriedade agrícola*, outra a *industrial*; uma a *propriedade rural*, outra a *urbana*; uma, a *propriedade de bens de consumo*, outra a de *bens de produção*; uma, a *propriedade de uso pessoal*, outra a *propriedade/capital*. Pois, como alertou Pugliatti, há bastante tempo: ‘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 destes tipos pode estar sujeito, e por regra 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.

Complementa o autor seu raciocínio relembrando que facilita a compreensão de tal postulado ter 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, isto é, diretamente referenciadas às normas constitucionais¹¹¹.

4.2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preliminarmente à análise do quadro do Direito Positivo acerca da propriedade no Brasil e da avaliação da teoria do conteúdo mínimo da propriedade deste advindo, cumpre trazer ao estudo três relevantes fenômenos para a sua

¹¹⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 273. p. 273.

¹¹¹ *Ibid.*, 2002, p. 273.

perfeita compreensão: os da constitucionalização e publicização do direito civil e o da função social da propriedade.

4.2.1 Constitucionalização e Publicização do Direito Civil e o Impacto de tais Fenômenos na Conformação do Perfil da Propriedade Imobiliária Urbana

O fenômeno da “Constitucionalização do Direito Civil” consiste no processo de elevação, ao plano constitucional, dos princípios fundamentais do direito civil. Tal movimento faz com que tais princípios sejam obrigatoriamente condicionantes da aplicação de toda a legislação infraconstitucional - não só a do direito civil - pelos tribunais e administradores públicos. As principais vertentes deste movimento podem ser detectadas nos princípios referentes ao direito de família, dos contratos e, como já evidenciado, nos que dizem respeito ao direito de propriedade.

Tal fenômeno, de acordo com BARROSO, tem como marco histórico europeu o período pós-guerra e, no Brasil, a edição da Constituição Federal de 1.988, sendo o seu marco filosófico o pós-positivismo, que busca ir além da legalidade estrita sem abandonar o direito posto, com destaque para a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com os valores e regras. Seus marcos teóricos são o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a formação de uma nova dogmática de interpretação de seu texto¹¹².

Para PAULO LÔBO, a constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial, e sim consequência inevitável da natureza do Estado Social, etapa atual do Estado moderno, a despeito de suas propaladas crises e das frustrações de suas promessas. A Constituição brasileira de 1.988, de fato, consagra o Estado Social, que tem como objetivos fundamentais (art. 3º) “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, com redução das desigualdades sociais. A ordem jurídica infraconstitucional deve, destarte, concretizar a organização social e econômica eleita pela Constituição, não podendo os juristas desconsiderá-la, como se os

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil, in TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 239/241.

fundamentos do direito civil permanecessem ancorados no modelo liberal do século XIX¹¹³.

Salienta, ainda, o mesmo autor¹¹⁴:

“A compreensão que se tem atualmente do processo de constitucionalização do direito civil não se resume à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, que é um dos seus aspectos. Vai muito além. O significado mais importante é o da aplicação direta das normas constitucionais, máxime os princípios, quaisquer que sejam as relações privadas, particularmente de duas formas: (a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conjunto necessário à resolução do conflito; (b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis. Portanto, as normas constitucionais sempre serão aplicadas em qualquer relação jurídica privada, seja integralmente, seja pela conformação das normas infraconstitucionais”.

A constitucionalização do direito civil não se confunde com o movimento de publicização de tal direito. Com efeito, o fenômeno da publicização do direito compreende o processo de crescente intervenção estatal, com a redução do espaço de autonomia privada, especialmente para a garantia da tutela jurídica dos hipossuficientes. Tal ação, dada especialmente no âmbito legislativo infraconstitucional, acabou por retirar matérias outrora consideradas pertinentes ao Código Civil de sua regulação – como exemplo, cita-se o direito do trabalho, o direito das águas, o direito da habitação, o direito do consumidor etc. O direito urbanístico, fácil concluir-se, também reflete tal fenômeno, especialmente após a edição da Lei n. 10.257/01.

Saliente-se, neste ponto, que não é o grau de intervenção legislativa ou de controle do espaço privado que gera a natureza de direito público. De fato, independentemente do grau de intervenção estatal, se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular sem se valer de seu império, então o direito é privado. Para LÔBO¹¹⁵,

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro *in* TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20.

¹¹⁴ *Ibid.*, 2008, p. 21.

¹¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

“Em suma, para fazer sentido, a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.”

Importa destacar que no Estado de Bem-Estar Social os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados – tal estrutura de Estado caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. Ambos os fenômenos – constitucionalização e publicização do direito civil - indicam também a tendência a alterar a dogmática jurídica pertinente à regulação da propriedade e dos direitos a esta inerentes. Já é lícito afirmar, neste sentido, que o Código Civil tem por escopo regular as relações civis eminentemente privadas pertinentes à propriedade, que será perfeitamente conformada pelas normas de ordem pública sobre ela incidentes. De fato, CARVALHO PINTO tece crítica à jurisprudência brasileira que, a despeito de toda evolução legislativa e constitucional ocorrida ao longo das últimas décadas, ainda está presa aos conceitos do Código Civil quando trata da propriedade urbana. Anota o autor que é tradicional a citação de seus artigos como base para qualquer análise do assunto, admitindo-se que a faculdade de usar o bem abrange o direito de construir e compõe, em princípio, a estrutura do direito de propriedade – as normas urbanísticas teriam por função restringir este direito e seriam fundadas no poder de polícia. Para este, contudo¹¹⁶,

“É o texto constitucional que deve servir de base (...) para a reflexão jurídica da propriedade urbana, e não o Código Civil. Este deverá ainda ser interpretado em harmonia com a legislação ordinária posterior, especialmente a relativa ao parcelamento do solo urbano. O campo privilegiado de aplicação do Código Civil é o da relação entre particulares e não o da atuação do Estado na regulação das atividades privadas.”

A propriedade e os poderes e características consideradas correlatas a tal vêm sofrendo progressivo ajustamento às conveniências sociais. Na lição de DINIZ, “a propriedade, como diz Ebert V. Chamoun, sem deixar de ser um *jus* (direito subjetivo), passa a ser um *munus* (direito-dever), desempenhando uma função social. A propriedade está, portanto, impregnada de socialidade e limitada pelo

¹¹⁶ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, p. 180.

interesse público”¹¹⁷, sendo certo que “o exercício do direito de propriedade deve desempenhar uma função social no sentido de que a ordem jurídica confere ao seu titular um poder em que estão conjugados o interesse do proprietário e o do Estado ou o social. Por isso, o órgão judicante deverá procurar, na medida do possível, harmonizar a propriedade com sua função social”¹¹⁸ – de fato, a constitucionalização e publicização do tema “propriedade” têm por fundamento principal o postulado da sua função social.

4.2.2 Função Social da Propriedade

A ideia da função social da propriedade é de relevância central para o direito moderno. Sem dúvida, é a partir do reconhecimento desta premissa que se tornou possível desenvolver os novos institutos e a compreensão da tutela da ordem urbanística desenhada no texto constitucional, que se espraia no ordenamento jurídico ora vigente no País – não por outro motivo o tema é recorrente neste estudo.

A discussão sobre a função social da propriedade acompanhou a própria evolução de seu conceito. A passagem do Estado Liberal do século XIX para o Estado do Bem-Estar Social, do início do século XX, foi, neste sentido, decisiva para a construção desta ideia – reconheceu-se, então, que as necessidades sociais e econômicas exigiam cada vez mais que a propriedade deixasse de ter caráter individualista, devendo, pois, servir não só aos interesses de seu proprietário, mas também de toda coletividade.

No mundo jurídico, coube a Leon Duiguit a tarefa de sistematizar a desconstrução do conceito individualista de propriedade. Tal autor elaborou tese, no ano de 1.912, que contestava a condição do proprietário como sendo titular de direito subjetivo: este seria, em verdade, mero detentor de riqueza, pois a propriedade é, ela mesma, função social. A proposta de Duiguit não era de um ajustamento do direito de propriedade a uma função social, mas sim a de que a propriedade, mais que um direito, era uma função – enquanto o proprietário cumpre

¹¹⁷ DINIZ, *op. cit.*, 2010, p. 108.

¹¹⁸ *Ibid.*, 2010, pp. 109/110.

a função social da propriedade (planta, conserva o bem) ele detém a riqueza; quando ele permite seu malbaratamento, fica sujeito à intervenção dos governantes para que a propriedade sob sua posse cumpra a sua função social. O proprietário, assim, tem tanto o dever de dar à propriedade função que aproveite a si próprio quanto à coletividade¹¹⁹.

A tese da função social da propriedade, positivada já na Constituição alemã de Weimar de 1.919, foi expressamente mencionada pela primeira vez em texto constitucional brasileiro na Carta de 1.967, como princípio da ordem econômica (art. 157, III), sendo certo que a Emenda Constitucional nº 01/69 fez menção ao tema nos mesmos moldes do texto de 1.967 (art. 160, III). A Constituição Federal de 1.988, entretanto, deu nova dimensão ao tema, ao determinar serem tanto a propriedade quanto a sua função social direitos fundamentais (art. 5º, XXII e XXIII). É preciso compreender, destarte, o atual sentido de “função social da propriedade” no Brasil.

Neste sentido, como alertava BANDEIRA DE MELLO mesmo antes da entrada em vigor do atual texto constitucional, o entendimento acerca do tema da função social da propriedade deve ter por pressuposto que “não se trata apenas de coibir o uso antissocial da propriedade, mas de fazer com que cumpra tal função, já que passa a ser um bem jurídico conaturalmente definido a nível constitucional, como teleologicamente orientado para este destino”¹²⁰.

Como alertado por FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO, a função social da propriedade é o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições de obrigações, encargos limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada. Segundo o autor¹²¹:

“Disso decorre que a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como um 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,

¹¹⁹ Cf. HUMBERT, George Louis Hage. **O Direito urbanístico e a função socioambiental da propriedade urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 92.

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, out/dez 1987. p. 39.

¹²¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Renovar: São Paulo/Rio de Janeiro, 2003. p. 123.

em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõe o próprio conteúdo da relação. Como resume Pietro Perlingeri, a função social não deve ser entendida como oposição, ou ódio, à propriedade, mas ‘a própria razão pelo qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito’.”.

4.2.2.1 Função social da propriedade imobiliária urbana

Observa-se que tanto a Constituição Federal quanto a legislação de regência indicam incidir na zona urbana do Município um regramento jurídico que põe em evidência a idéia de conformação da propriedade em virtude de sua função social e da necessidade de seu aproveitamento não só pelo proprietário, mas sim por toda a coletividade. Novamente buscando auxílio em DA SILVA, é possível afirmar que “a propriedade urbana é formada e condicionada pelo direito urbanístico a fim de cumprir sua função social e específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e *circulação* humana; realizar, em suma, as funções sociais da cidade”¹²². O apontado mestre, em eficiente síntese, nos dá duas relevantes informações: a propriedade urbana tem seu regramento fortemente influenciado pelo direito urbanístico, e é voltada para o atendimento das funções sociais da cidade.

Interessante citar, ainda sobre o tema, o entendimento de CORREIA, estudioso dos sistemas jurídicos continentais europeus. Para o autor, da própria possibilidade conferida ao legislador de conformar os limites e conteúdos do direito de propriedade privada (ou dos vários tipos de propriedade privada), derivam duas consequências: “em primeiro lugar, a negação do caráter absoluto do direito de propriedade, tal como tinha sido gizado pelas constituições liberais, e a consagração da natureza relativa do seu conceito. O direito de propriedade privada passa a estar dependente de uma pluralidade de leis ordinárias, que fixam conteúdos diversos e impõe limites de vária ordem aos diferentes tipos de propriedade privada. Em segundo lugar, a recusa da concepção do direito de propriedade como algo de fixo ou imutável. Com efeito, o seu conteúdo fica à mercê do legislador, que poderá

¹²² DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 77.

ampliá-lo ou comprimi-lo em função das concepções políticas, econômicas e sociais do momento”¹²³.

Neste sentido, a Sentença da “Corte Costituzionale” italiana nº 55, de 29 de Maio de 1968, determina que “segundo conceitos sempre mais progressivos de solidariedade social, fica excluído que o direito de propriedade possa ser entendido como domínio absoluto e ilimitado sobre bens próprios, devendo-se, ao invés, considerá-lo subordinado no seu conteúdo a um regime que a Constituição deixa determinar ao legislador. Ao definir tal regime, o legislador pode inclusive excluir da propriedade privada de certas categorias de bens e impor, sempre para categorias de bens, algumas limitações por via geral [...]”¹²⁴. A literatura jurídica alemã, ainda, salienta que a intensidade vinculativa da garantia da propriedade em relação à atividade de conformação do legislador não é a mesma em todos os casos. Explica CORREIA que¹²⁵

“Aquela está diretamente relacionada com a *particularidade* e a *função* do objecto do direito de propriedade. Assim, o legislador está submetido a limites estreitos naquelas hipóteses em que a função da propriedade aparece como um elemento de garantia da *liberdade pessoal* do particular ou como um fundamento material do *desenvolvimento da sua personalidade* (*Persönlichkeitsentfaltung*). Em contrapartida, na opinião do *Bundesverfassungsgericht*, a competência do legislador para determinar o conteúdo e limites da propriedade é tanto mais alargada quanto mais o objecto da propriedade estiver inserido numa *referência social* (*sozialer Bezug*) e numa *função social* (*soziale Funktion*), nomeadamente quando a utilização e a decisão sobre o bem não se circunscreverem à esfera do proprietário, antes tocam interesses de outros ‘sujeitos de direito.’”

Interessante constatar, e para isso auxiliam as análises do direito estrangeiro, que parece ser idéia já sedimentada a de que a formulação do conceito de propriedade deverá levar em conta tanto a relação do ser humano com a coisa apropriada (individual e coletivamente) quanto o estabelecido pelo ordenamento jurídico vigente no local do bem. É certo, ainda, que a possibilidade de oposição da propriedade como direito individual frente ao direito coletivo diminui na proporção da sua efetiva utilidade (da propriedade) para o bem-estar comum, ou seja, em virtude de sua função social.

A função social da propriedade conforma o direito de propriedade, sendo decorrência da equação entre o Estado Democrático de Direito constituído sob a

¹²³ CORREIA, *op. cit.*, 2008, p. 808.

¹²⁴ *Ibid.*, 2008, p. 808.

¹²⁵ *Ibid.*, 2008, pp. 808/809.

égide da proteção a direitos individuais e pelos ditames da justiça social e da busca de uma existência digna para todos. Isto significa que, tendo natureza de norma jurídica positivada e independente, a função social da propriedade tem conotação de dever jurídico que obriga a todos os detentores do domínio. Assim, o proprietário não deve apenas abster-se de praticar determinados atos contrários à lei ou ao interesse coletivo, como na hipótese de abuso de direito (art. 1.228, § 2º do Código Civil). Estará obrigado também a agir, a adotar condutas positivas no sentido de imprimir ao bem um uso em consonância não só aos seus interesses individuais, mas também aos interesses da coletividade, vinculando a todos, inclusive ao poder público¹²⁶.

A doutrina brasileira, especialmente a partir do conteúdo do texto constitucional de 1.988, passou a tentar definir o alcance jurídico para a função social da propriedade. Tendo em vista sua característica de ser o dever-poder constitucionalmente conferido ao proprietário de realizar a satisfação de suas necessidades pessoais objetivando-se, ao mesmo tempo, a satisfação das necessidades da coletividade, evidencia-se a função social como um típico princípio jurídico, tanto nos termos definidos por BANDEIRA DE MELO quanto por ALEXY – um verdadeiro mandamento nuclear de um sistema, que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, dando sentido harmônico ao ordenamento jurídico como um todo, sendo, ao mesmo tempo, um mandamento de otimização a ser satisfeito em graus variados, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação e princípios e regras colidentes¹²⁷. Caracteriza-se, desta forma, o chamado “princípio da função social da propriedade”.

Anota ADRIANA CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF que a previsão constitucional acerca da função social da propriedade é um princípio de transformação da sociedade capitalista, condicionando-a como um todo sem que isso implique a sua socialização. Não autoriza, assim, a supressão por via legislativa da propriedade privada, podendo por outro lado fundamentar a socialização de algum tipo de propriedade, onde for necessário para a expressa realização do princípio que se sobrepõe ao interesse individual. Também não autoriza de maneira concreta o esvaziamento do conteúdo da propriedade sem indenização, porque este

¹²⁶ HUMBERT, *op. cit.*, 2009, pp. 107/108.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, 2009, p. 53 e ALEXY, *op. cit.*, 2008, p. 90.

está assegurado pela Lei Maior. Ainda segundo seu entendimento, a função social da propriedade representa um conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, sendo, além disso, um princípio vetor do direito urbanístico brasileiro e internacional. Conclui a autora, então¹²⁸:

“Entendemos a função social da propriedade como o plexo de limitações ou restrições legais que regulam o uso da propriedade visando coibir o seu mau uso e evitar o individualismo, sem no entanto alterar-lhe a substância, visando ao bem-estar da coletividade, valorizando a essência do ser humano e possibilitando a sua sobrevivência com dignidade.

“Quanto à propriedade urbana, esta atinge a sua função social quando participa positivamente do desenvolvimento da função social da cidade que corresponde ao desenvolvimento sustentável do meio ambiente artificial, obedecendo aos ditames legais e valorizando a higidez da coletividade.”

O Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre o tema¹²⁹:

“O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.) No mesmo sentido: MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.

Impende destacar, ainda, que o ordenamento constitucional ora vigente claramente identifica a propriedade em geral como, ao mesmo tempo, um direito e um dever fundamentais. Como ambos dispositivos encontram-se no art. 5º, são de aplicação imediata – nos termos da afirmativa de FERNANDA LOUSADA CARDOSO, que trata especificamente da propriedade urbana, “a norma definidora da função social identificará direito de terceiros frente ao titular do domínio. A propriedade urbana será reconhecida como fonte de direitos e deveres

¹²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Ed. Atlas, 2010. p. 60.

¹²⁹ Fonte: “A Constituição e o Supremo”, compilação realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Consulta em 26/07/2011.

fundamentais, reveladores do lado passivo dos direitos humanos alheios”¹³⁰. Segundo a autora¹³¹,

“A propriedade urbana encerra interesses privados a serem satisfeitos, consistentes nos direitos do dono do bem, sendo o domínio oponível à coletividade. Correspondente a este direito, há um dever geral de abstenção na ingerência do objeto, na medida, e aí está o detalhe, na medida em que esta ingerência venha também a satisfazer os interesses coletivos. Respeitando-se os direitos da comunidade local, observa-se a função social do imóvel. Há, portanto, dois direitos interdependentes incidentes sobre o mesmo bem”.

O tema “função social da propriedade” importa ao presente trabalho ao refletir a mudança da natureza da propriedade ensimesmada. Independentemente da exata compreensão acerca do alcance de tal mudança, isto é, do perfeito entendimento sobre a amplitude do fator “função social” na caracterização do instituto da propriedade e na delimitação do direito dela advindo, há, ao menos, uma certeza: é consenso que esta característica da propriedade indica a passagem do seu conceito de subordinação completa de terceiros frente ao proprietário do bem ao de elemento de construção de harmonia e coesão do tecido social, com direitos da coletividade oponíveis ao proprietário. Com tais informações, já é possível passar à análise do direito positivo brasileiro sobre o tema “propriedade”.

4.2.3 Propriedade no Direito Positivo Brasileiro

A Constituição Federal de 1.988 trata, em diversas passagens, do direito à propriedade. Sua primeira alusão a tal tema encontra-se no *caput* de um de seus principais artigos, o 5º. Neste, fica estabelecido que o direito à inviolabilidade da propriedade será garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País de acordo com as suas disposições.

É de grande relevância observar que a Carta Magna anuncia a proteção ao direito individual da propriedade nas condições que veicula, isto é, declara que tal direito será inviolável nas características dispostas em seu texto. Com efeito, se o

¹³⁰ CARDOSO, Fernanda Lousada. **A Propriedade Privada Urbana Obriga?**. São Paulo: Renovar, 2008. p. 44.

¹³¹ Ibid., 2008, pp. 44/45.

mesmo art. 5º reassume a proteção ao direito de propriedade em seu inciso XXII, esclarece que esta atenderá à sua função social já no inciso subsequente, sendo certo, ainda, que também é direito individual o regramento legal do procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, garantida justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na própria Constituição (inciso XXIV).

O texto da Lei Maior determina que o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (art. 153, VI) será progressivo e terá suas alíquotas fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153, § 4º, I), recebendo, neste ponto, tratamento semelhante ao conferido às propriedades urbanas (art. 182, § 4º). A Constituição Federal estabelece, também, que as propriedades rurais produtivas são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária (art. 185, II), privilegiando-se, destarte, sua função social. A função social da propriedade novamente é destacada no art. 182, § 2º, que estabelece ser tal atendida quando atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002) arrola a “propriedade” entre os direitos reais (art. 1.225, I). Estabelece, ainda, suas principais características (que denotam a influência do princípio da função social) ao determinar que o “proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”, devendo ser exercido seu direito “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”, sendo “defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (art. 1.228, caput e §§ 1º e 2º). A propriedade, ainda, presume-se plena e exclusiva até prova em contrário (art. 1.231).

Observa-se que já na delimitação dos direitos inerentes à propriedade o Código Civil, a exemplo e em obediência à Constituição Federal, procura estabelecer uma clara correlação entre o benefício advindo de ser proprietário de algo e o ônus decorrente de tal condição – institutos como a usucapião (arts. 1.238 e ss.), o abandono (art. 1.276), do uso anormal da propriedade (arts. 1.277 e ss.)

comprovam tal assertiva. Mais: o Código Civil determinou, em suas disposições finais e transitórias, que a validade dos negócios e demais atos jurídicos constituídos antes da sua entrada em vigor seria em regra respeitada, salvo se contrariasse preceitos de ordem pública estabelecidos em seu texto, tais como o da função social da propriedade (art. 2.035, e seu parágrafo único).

No que tange ao instituto da desapropriação, tal tema é especialmente regulado em nosso país pelo Decreto-Lei nº 3.365/41, que já previa, desde a primeira metade do Século XX, a possibilidade de desapropriação de todos os bens pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, mediante a sua declaração de utilidade pública (art. 2º), sendo considerados como de utilidade pública, entre outros, os casos de salubridade pública; a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência; a exploração ou a conservação dos serviços públicos; a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; o funcionamento dos meios de transporte coletivo; a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza (art. 5º).

De observar-se que o fundamento material da necessidade de desapropriação prevista no Decreto-Lei n. 3.365/41 é o reconhecimento, por parte do Estado, de que determinada propriedade deve ser especialmente afetada ao interesse público. Há, assim, um sacrifício de direitos do proprietário em prol do bem comum - tal é o supedâneo da expropriação e da prévia indenização correspondente, cumpra ou não a propriedade a sua função social. O reverso de tal raciocínio é a exigência, por parte do Poder Público, que o proprietário particular cumpra a destinação social de sua propriedade, sob pena de desapropriação (art. 182, § 4º III da Constituição Federal e art. 8º da Lei n. 10.257/01). Neste caso, a função pública é comum a todos os proprietários que se encontrem sob a mesma situação jurídica, sendo a desapropriação o cumprimento de dever genérico imposto ao Poder Público e aos particulares de promover a função social da propriedade. Esta segunda modalidade de desapropriação representa, claramente, o abandono

do conceito exclusivista e egoístico de propriedade individual, com o reconhecimento da propriedade como elemento de promoção do bem-estar coletivo.

Mais especificamente no que toca ao direito de propriedade urbana pode ser encontrada, ainda, importante regulação na legislação sobre de parcelamento de solo urbano, destacando-se as disposições trazidas na Lei n. 6.766/76. Nesta, além de determinar-se a obediência à legislação estadual e municipal pertinente, aponta-se a necessidade de prover os empreendimentos de loteamento de infraestrutura básica, consistente em equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, e de energia elétrica pública e domiciliar e as vias de circulação pavimentadas ou não (art. 2º, *caput* e § 5º) – tais exigências são reduzidas no caso de parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (art. 2º, § 6º).

O Município, ainda de acordo com a Lei n. 6.766/76, determinará por lei em quais sítios será possível realizar o parcelamento para fins urbanos, sendo vedados os empreendimentos em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas, em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados, em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção etc. (art. 3º).

Constam ainda do mesmo diploma legal as exigências referentes aos requisitos urbanísticos para o loteamento (art. 4º), regulados pelo plano diretor ou lei municipal. Em cada empreendimento deverão ser reservadas áreas para os sistemas de circulação e a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, que serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem. De acordo com o mesmo artigo, caberá à legislação municipal definir, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento.

Para encerrar este tópico – por evidente, meramente exemplificativo -, útil relembrar alguns dispositivos do Estatuto da Cidade pertinentes ao tema. Como visto, o art. 1º enuncia que a Lei n. 10.257/01 traz normas de ordem pública e

interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, com a finalidade de executar a política urbana de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

Tal política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, tendo por diretrizes, entre outras, a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos e a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; a deterioração das áreas urbanizadas; e a poluição e a degradação ambiental (art. 2º).

Ainda de acordo com o texto do Estatuto da Cidade, são instrumentos de implantação da política urbana – isto é, ferramentas para a execução do plano urbanístico para a fruição, por parte da coletividade, das funções sociais da cidade – , entre outros, a desapropriação, a servidão administrativa, as limitações administrativas, o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a usucapião especial de imóvel urbano, e os direitos de superfície e de preempção.

Observa-se, destarte, que a regulação do conceito de propriedade e dos direitos a esta inerentes parte da própria Constituição Federal e espalha-se pela legislação infraconstitucional, tanto no Código Civil como em legislações especiais e extravagantes. Tal condição, longe de ser meramente accidental, representa fenômeno concernente à regulação positiva do tema, que acaba por ter reflexos em sua própria construção – ao deixar de ser um tema afeto exclusivamente ao Código Civil, sofrendo cada vez mais o influxo de regras e valores pertinentes ao direito público, a propriedade mostra-se ser exemplo claro do processo já identificado de constitucionalização e da publicização do direito civil.

Tal, em linhas gerais, é o panorama do moderno direito de propriedade urbana no Brasil. Não é possível, nos estreitos limites da proposta de estudo deste trabalho, aprofundar a avaliação dos elementos jurídico-positivos colacionados neste tópico, mas interessa a idéia e a constatação de que a conformação da hipótese legal da propriedade (ENGISCH) deverá necessariamente levar

consideração um componente definitiva e decisivamente incorporado ao arcabouço normativo brasileiro a partir da Constituição Federal de 1.988: a propriedade tem função social, vinculada aos interesses da coletividade, e a sua própria conformação, definição e proteção dependerão da observância dos preceitos jurídicos que exigem seu máximo aproveitamento sob o ponto de vista dos interesses transindividuais¹³². Com tais considerações, é possível passar ao estudo do conteúdo da propriedade urbanística, pressuposto para o entendimento do conceito do solo criado e da questão da edificabilidade nas cidades.

4.3 O CONTEÚDO DA PROPRIEDADE URBANÍSTICA

Para discutir-se sobre o conteúdo da propriedade urbanística, extraído a partir da análise do direito positivo brasileiro realizada retro, cumpre inicialmente tecer algumas considerações acerca da “teoria do conteúdo mínimo da propriedade urbana”, ou seja, ou seja, o conteúdo material indissociável da propriedade imobiliária localizada em área urbana. Tal teoria ganhou relevância exatamente em virtude do progressivo reconhecimento da chamada “propriedade urbanística”, isto é, a conformação jurídica da propriedade imobiliária urbana irrigada pelos princípios e regras de caráter urbanístico.

A teoria do conteúdo mínimo da propriedade urbana tem dois pressupostos dogmáticos: o enquadramento das normas urbanísticas no campo do chamado “poder de polícia” e o tratamento do direito de propriedade não como instituição econômica, mas sim como um direito humano. Admitidas tais condições, conclui-se que a propriedade deve sempre ter um “conteúdo mínimo”, além do qual as restrições urbanísticas não poderiam avançar, sob pena de desapropriação indireta.

CARVALHO PINTO expõe a tese nos seguintes termos:

- a) As restrições a direitos fundamentais devem ser gerais e abstratas, ou seja, não podem discriminar ou favorecer nenhuma pessoa ou grupo em

¹³² Parece não haver dúvida que o interesse transindividual à cidade desenvolvida de maneira socialmente justa e equilibrada é um interesse do tipo “difuso”, embora a tutela judicial de tal interesse, eventualmente, e a depender da lesão realizada a tal bem, possa ser requerida em face de um interesse individual homogêneo ou coletivo em sentido estrito.

particular. Um ou outro segmento pode ser indiretamente beneficiado ou prejudicado, mas este não pode ser o objetivo de quem impõe a restrição;

- b) As restrições são gratuitas, ou seja, não geram em favor do indivíduo qualquer direito à indenização contra o Poder Público. Constituem um ônus normal, decorrente da vida em sociedade, caracterizando-se como condição de convivência, a fim de que o exercício do direito de uma pessoa não prejudique o direito de outra. Uma indenização poderá ser devida, entretanto, se a restrição incidir sobre apenas um segmento determinado da sociedade, obrigando-o a suportar um sacrifício em favor dos demais;
- c) As restrições não podem eliminar o próprio direito, a pretexto de regulamentá-lo;
- d) A doutrina tem aplicado este mesmo regime às limitações urbanísticas que incidem sobre a propriedade. Admite-se que, na ausência de restrições, a utilização da propriedade é livre, submetendo-se apenas ao direito de vizinhança definido no Código Civil. Cria-se a ficção de que o zoneamento seja uma lei geral para evitar que o Poder Público tenha que indenizar os proprietários sujeitos a limitações mais restritivas que os demais¹³³.

Expostos os fundamentos de tal doutrina, inicialmente é de constatar-se ser inegável o atual “status” de direito individual da propriedade – não fosse por qualquer outro motivo, tal disposição é texto expresso do art. 5º de nossa Constituição Federal. É preciso debater, entretanto, o conceito de limitações urbanísticas como modo de conformação da propriedade urbana.

Como já afirmado, o limite do direito individual da propriedade é o direito difuso à sua utilização social. Para melhor esclarecer este aspecto, de trazer-se à consideração o ensinamento de BANDEIRA DE MELLO¹³⁴:

¹³³ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, p. 231.

¹³⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, 2009, p. 811.

“Através da Constituição e das leis os cidadãos recebem uma série de direitos. Cumpre, todavia, que o seu exercício seja compatível com o bem-estar social. Em suma, é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos. “Convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com *direito de liberdade* e *direito de propriedade*. Estes últimos são expressões daquelas, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, não há *limitações administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade – é a brilhante observação de Alessi -, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade.”

No mesmo sentido, assevera LUIS MANOEL FONSECA PIRES¹³⁵:

“Decerto, o corte metodológico – o que pertence ao direito e apresenta-se como objeto de estudo da ciência jurídica e o que se encontra fora dele – é insuperável: não se limitam os direitos porque estes, como direitos que são, não são absolutos nem correspondem necessariamente às acepções que se têm na coletividade ou noutras ciências do conhecimento humano; os direitos são a conformação que um do ordenamento jurídico emprega a um valor conhecido e caro à sociedade, e tal como o define, o delinea, da maneira como traça e colore este valor, assim é tido como um direito; portanto, a certo valor relevado pelo direito tem-se a revelação deste mesmo valor na forma e nos limites que lhe são impressos pelo direito, o que nem sempre coincide com o que este valor comporta fora do âmbito jurídico”.

Complementa o autor o seu raciocínio esclarecendo que há uma grande repercussão prática na adoção de tais premissas: as limitações administrativas não ensejam a possibilidade de indenização aos particulares afetados em razão de não haver qualquer sacrifício de direito. Tal ocorre porque as limitações administrativas representam o próprio contorno do direito, logo, o que supostamente pode parecer que lhe foi retirado – como a proibição de construir acima de certa altura, ou de respeitar o recuo para edificar, ou de não poluir mesmo em sua propriedade, ou de não promover sons acima de certa altura -, na realidade, nunca lhe pertenceu, nunca integrou o delineamento do direito¹³⁶.

A possibilidade de limitações à propriedade pelo Poder Público, como bem destacado por BANDEIRA DE MELLO, tem por pressuposto a compreensão de que é a própria lei quem define o conceito desta. Uma vez conformada a propriedade, fica estabelecido o direito dela advindo, sendo certo que este não poderá em regra ser sacrificado sem que haja a correspondente indenização a tanto - o direito de

¹³⁵ PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 109.

¹³⁶ PIRES, *op. cit.*, 2006, p. 111.

propriedade será conhecido em virtude do perfil da propriedade traçado pelo ordenamento jurídico vigente em determinado momento histórico¹³⁷.

Não há que se confundir, ainda, a chamada “limitação urbanística” da propriedade com as restrições administrativas a si impostas, ainda que tais detenham função urbanística. Estas, no dizer de LUCIA VALLE FIGUEIREDO, “são específicas, atingem determinadas pessoas ou bens, *produzem gravames e devem ser indenizados na medida do dano provocado*”¹³⁸ – exemplos de tais restrições são o tombamento, as servidões administrativas, as requisições, ocupações temporárias de imóvel etc.

Em face do que foi exposto, podemos chegar ao conceito de propriedade urbanística, que é aquela inserida no contexto de normas e planos urbanísticos, vinculando sua função social à ordenação da cidade expressa no plano diretor¹³⁹. As características principais da propriedade urbanística podem ser assim resumidas: a) a propriedade tradicional traduzia-se simplesmente no plano horizontal. A propriedade urbanística apresenta uma terceira dimensão. É uma propriedade cúbica, ou seja, o proprietário só pode construir acima e abaixo do solo de acordo com o plano urbanístico, sendo certo que a altura e a profundidade passam a constituir valores intrínsecos dessa propriedade; b) a propriedade urbanística tem destinação específica, isto é, o plano urbanístico positivado pela lei urbanística determina o uso que se pode dar ao terreno – residencial, comercial, etc. – ou ainda o número de habitações que podem ser construídas; c) a propriedade urbanística possui, também, um caráter temporal - seu conteúdo é dado pelo plano e, como o plano é mutável, segue-se que também ela é mutável; d) a propriedade urbanística implica também em obrigações de fazer, podendo, inclusive, constranger o proprietário a edificar, sob pena de ser expropriado pelo Poder Público; e) a propriedade urbanística recebe a sua forma do plano de diretor; f) a propriedade urbanística está intimamente vinculada aos serviços públicos que a servem, de tal

¹³⁷ Anota VICTOR CARVALHO PINTO que “os planos não são gerais, no sentido usual da palavra, pois definem normas específicas para cada propriedade. A gratuidade das limitações não decorre de uma suposta generalidade, mas de sua natureza conformadora do direito de propriedade, consequência do princípio da função social”, e cita Sundfeld, que critica a generalidade como índice caracterizador de limitações não indenizáveis, e propõe, sem seu lugar, a utilização dos critérios de racionalidade e razoabilidade, conjugados com o da preservação normal do uso do bem. (2010, pp. 231/232)

¹³⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada até a EC nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313.

¹³⁹ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 77.

forma que o seu proprietário é obrigado a custeá-los, ainda que deles não se utilize¹⁴⁰.

O conceito de propriedade urbanística e a identificação de suas características possibilita a compreensão do tema da edificabilidade em terrenos urbanos e do solo criado.

¹⁴⁰ CARVALHO PINTO, Victor. **Regime Jurídico do Plano Diretor**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/artigos/politicasocial/RegimeJuridicoPlanoDiretor.pdf>. Acesso em 03/08/2011.

5 EDIFICABILIDADE E SOLO CRIADO

Dentre os elementos constitutivos do conteúdo mínimo do plano diretor previstos no Estatuto da Cidade, destacam-se os referentes à aplicação do conceito do solo criado - entre tais instrumentos, especial relevância detêm a outorga onerosa de potencial construtivo adicional, a transferência do direito de construir, os certificados de potencial adicional de construção – CEPAC, e o estudo de impacto de vizinhança.

Para a compreensão do alcance do conceito do solo criado e da aplicação dos instrumentos previstos na legislação de regência é preciso abordar, de forma ampla, a questão da edificabilidade em solo urbano. O estudo destes temas auxilia no entendimento de que é possível ao Poder Público laborar com um conceito de potencial construtivo tendo por norte o planejamento urbanístico como um todo.

5.1 EDIFICABILIDADE EM TERRENOS URBANOS

Para DA SILVA, a destinação urbanística dos terrenos é uma utilidade acrescida a eles pelos planos e leis de caráter urbanístico. De fato, entendendo-se como “utilidade natural” do terreno tão somente a possibilidade de coleta e agricultura, toda e qualquer outra utilidade do imóvel urbano há de ser definida por lei, que orientará as possibilidades de seu uso e ocupação tendo em vista a destinação urbanística a este conferida.

O “lote”, parcela de terreno destinada à edificação, é uma das modalidades de aproveitamento do terreno urbano predeterminadas por via legal (é o resultado do parcelamento do solo do solo para fins urbanos), logo, é consequência da criação da atividade urbanística. A possibilidade de edificação nos lotes surge, então, como uma utilidade legal, podendo ser conceituada como uma qualificação legal que se atribui a um terreno urbano, identificada como a faculdade conferida ao proprietário de construir em lote urbano. Por faculdade, por seu turno, entende-se a “possibilidade legal de opção em vista de uma situação jurídica”, devendo o art.

1.299 do Código Civil, que estatui o “direito de construir”, ser interpretado como conferente de uma faculdade ao proprietário de terreno urbano¹⁴¹.

O tema da edificabilidade, a despeito da exposição retro, é intensamente debatido na doutrina. É possível, neste sentido, verificar-se duas principais correntes de entendimento sobre o assunto: a primeira, de inspiração civilista clássica, apregoa a imanência da edificabilidade (*rectius*, direito de construir) ao terreno urbano; a segunda, em sentido oposto, congrega o entendimento da qualificação urbanística dos terrenos urbanos, definindo, destarte, que a edificabilidade não integra o conteúdo mínimo da propriedade urbana.

5.1.1 A Visão Civilista Clássica

O ponto de partida para a compreensão da visão civilista acerca da edificabilidade em terrenos urbanos é o estatuído no Código Civil brasileiro que, em seu art. 1.299, determina que “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Tal dispositivo repete integralmente o texto do art. 572 da Lei n. 3.071, de 1916, o antigo Código Civil brasileiro, projeto originalmente apresentado por Clóvis Beviláqua em 1901.

A visão civilista clássica do direito de propriedade, que trata da inerência do direito de construir ao direito de propriedade, informa que a edificabilidade integra o próprio conceito de propriedade imobiliária - logo, cada proprietário terá, sempre, o direito de construir em seu terreno. No dizer de DINIZ, “constitui prerrogativa inerente da propriedade o direito que possui o titular de construir em seu terreno o que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”¹⁴². Do mesmo modo, ensina SILVA PEREIRA que o proprietário tem o direito de levantar em seu terreno as construções que lhe aprazam, sendo esta “uma verdade tão mezinha que não haveria mister enunciar-se”. A razão para tal dispositivo encontrar-se em lei é o seu propósito de conferir-lhe um condicionamento: “a observância aos regulamentos administrativos que subordinam as edificações às

¹⁴¹ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, pp. 82/83.

¹⁴² DINIZ, *op. cit.*, 2010, p. 303.

exigências técnicas, sanitárias e estéticas; e o respeito ao direito dos vizinhos, que não deve ser violado pelas edificações”¹⁴³.

Destacam-se os limites a serem impostos ao direito de construir (“levantar em seu terreno as construções que lhe aprazam”) apontados pelo renomado doutrinador: exigências técnicas, sanitárias e estéticas, isto é, condicionantes que se referem à edificação em si, colocando em segundo plano a relação desta com o meio ambiente em que está inserida. Assinala SILVIO DE SALVO VENOSA, ainda neste sentido, que a construção de prédio pelo proprietário é direito seu, inserido no *jus fruendi*. No entanto, em prol da comunidade, da vizinhança e do interesse público, tal direito não é absoluto. Após afirmar que o Código Civil descreve no art. 1.299 a modalidade genérica de exercício deste direito, esclarece que “o sentido continua a ser sempre o da busca da finalidade social da propriedade, o equacionamento do direito individual com o direito social. Deve ser entendido, no entanto, que a liberdade de construir é a regra. As limitações, como exceção, devem vir expostas pelo ordenamento”¹⁴⁴. Segundo o autor, essa utilização da propriedade deve sempre ser examinada em consonância com a regra geral de vizinhança do art. 554 ou art. 1.277 do Código Civil, que reprimem o mau uso ou o uso anormal da propriedade, quando ocasiona prejuízo à segurança, sossego e saúde da vizinhança. Os dispositivos que dão regras às construções no bojo do Código Civil, continua, são apenas supletivos das leis administrativas, encontrando-se no Código Civil o mínimo de limitações ao direito de construir a serem obedecidas no que não contrariarem o direito edilício administrativo. Destaca, igualmente, que deve ser entendida como construção toda realização material sobre o imóvel decorrente de atividade humana. Desse modo, incluem-se no conceito de construção a edificação ou reforma, a demolição, o levantamento de muros, a escavação, o aterro etc.¹⁴⁵

VENOSA, como se observa, já aponta a necessidade de evitar o mau uso da propriedade, restringindo a questão das limitações administrativas ao necessário respeito ao direito de vizinhança. CORREIA, por sua vez, enumera os principais argumentos alinhavados pelos defensores da edificabilidade como inerente ao direito de propriedade¹⁴⁶. Alinham-se, em rápida síntese, tais argumentos:

¹⁴³ SILVA PEREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 193.

¹⁴⁴ VENOSA, Silvio De Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 1174/1175.

¹⁴⁵ VENOSA, *op. cit.*, 2010, p. 1175.

¹⁴⁶ CORREIA, *op. cit.*, 2008, pp. 832/846.

- a) a resposta à questão acerca da inerência da edificabilidade ao direito de propriedade deve ser encontrada na própria legislação civil. Tomando por base dispositivos da legislação civil lusitana, bastante semelhantes a dispositivos do Código Civil brasileiro¹⁴⁷, esclarece o autor que os defensores de tal posicionamento indicam estar incluído o *jus aedificandi* no direito de uso, que integra o direito de propriedade, não obstante a sua subordinação aos limites da lei e às restrições por ela impostas – mesmo a vedação administrativa completa à possibilidade de edificar em determinado imóvel não retiraria da propriedade o direito de construir em abstrato. Há, ainda, autores que promovem a tese de que o poder ou faculdade de construção se refere ao poder de transformação da coisa, que decorre da faculdade de disposição do bem, em sentido material. O direito de o proprietário utilizar o espaço aéreo e o subsolo de seu imóvel (art. 1.344º do diploma português e 1.229 do Código Civil brasileiro) tenderiam a confirmar tal assertiva, assim como as disposições acerca do direito de superfície, negociável *inter partes*: tais regramentos comprovariam a existência e disponibilidade do direito de construir por parte do proprietário independentemente de qualquer plano urbanístico;
- b) outro argumento utilizado é o de que a comprovação de que o direito de construir integra o conteúdo essencial ou natural do direito de propriedade está no fato de que apenas o proprietário está legitimado a construir ou a permitir que outrem construa em seu imóvel;

¹⁴⁷ Eis os dispositivos citados pelo autor:

ARTIGO 1305.º (Conteúdo do direito de propriedade) O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas. ARTIGO 1344.º (Limites materiais) 1. A propriedade dos imóveis abrange o espaço aéreo correspondente à superfície, bem como o subsolo, com tudo o que neles se contém e não esteja desintegrado do domínio por lei ou negócio jurídico. 2. O proprietário não pode, todavia, proibir os actos de terceiro que, pela altura ou profundidade a que têm lugar, não haja interesse em impedir. ARTIGO 1524.º (Noção) O direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações. ARTIGO 1525.º (Objecto) 1. Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela tenha utilidade para o uso da obra. 2. O direito de superfície pode ter por objecto a construção ou a manutenção de obra sob solo alheio. (Redacção do Dec.-Lei 257/91, de 18-7). ARTIGO 1534.º (Transmissibilidade dos direitos) O direito de superfície e o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte(Disponível em: www.stj.pt/nsrepo/geral/cptlp/Portugal/CodigoCivil.pdf. Acesso em: 27/02/2011).

- c) aponta o autor, ainda, o argumento de que, no caso de desapropriação do imóvel, o *jus aedificandi* deve ser necessariamente considerado no valor da indenização a ser ofertada ao desapropriado;
- d) por fim, argumenta-se que a possibilidade de deferimento tácito da licença de construir¹⁴⁸ e da taxatividade dos fundamentos de indeferimento do pedido de licença edilícia comprovam a tese de que a edificabilidade é imanente à propriedade, tendo os proprietários direito subjetivo de construir em seus terrenos.

Observa-se, pelos excertos de doutrina colacionados, que a visão civilista clássica acerca da edificabilidade em imóvel urbano a compreende como algo imanente, inerente ao próprio direito de propriedade, ainda que limitado pelos regulamentos administrativos e demais disposições legais – há, em outros termos, direito de construir em virtude da simples existência de propriedade urbana. Tal posicionamento, à evidência, é extremamente respeitável tanto pelos fundamentos que arrola quanto pelos doutrinadores que o defendem, embora não pareça ser o mais adequado sob a ordem jurídica vigente no país.

Sinal desta mudança de entendimento encontra-se na própria lição de SILVA PEREIRA. Para o autor, o conceito de propriedade é em constante evolução, modificando-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Alfim, “nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal”¹⁴⁹. A mudança do entendimento acerca do direito de edificar em solo urbano acompanha a alteração da noção do conceito de propriedade.

¹⁴⁸ Exemplo de tal possibilidade na legislação brasileira é encontrada no Código de Obras e Edificações do Município de São Paulo (item 4.2 da Lei 11.228/92)

¹⁴⁹ SILVA PEREIRA, *op. cit.*, 2010, p. 67.

5.1.2 Edificabilidade em solo urbano e poder de polícia

Resta tecer alguns comentários acerca da relação entre o poder de polícia administrativa e a edificabilidade em terrenos urbanos, ponto em que reside um relevante contato, muitas vezes admitido pela doutrina civilista clássica, entre a propriedade e a disciplina específica do direito público.

Nestes termos, convém inicialmente esclarecer que os “regulamentos administrativos” apontados no diploma civil caracterizam-se como este dever-poder da Administração, e representam limitações previstas a um direito já estatuído. Em outros termos, tais são balizamentos para o exercício de faculdades já estabelecidas por lei, o que não se confunde com a própria conformação de tais direitos – são, em verdade, “restrições administrativas” estabelecidas para a mais perfeita fruição dos direitos advindos da propriedade e liberdade. Estas restrições, por seu turno, são tradicionalmente denominadas pela doutrina administrativa como “poder de polícia”¹⁵⁰.

Ao distinguir o conceito de “poder de polícia” da Administração com a conformação da propriedade urbana, estatuída pelo Plano Diretor sob a ótica de sua função social, afirma CARVALHO PINTO¹⁵¹:

“O que o distingue do poder de polícia não é a natureza da regra a ser cumprida (obrigação ou proibição), mas a sua finalidade. Enquanto o poder de polícia visa limitar uma liberdade anterior, para impedir que ela seja exercida contra o interesse público, o princípio da função social da propriedade visa orientar a atividade do proprietário no sentido do atendimento ao interesse público. Seu campo de incidência é muito maior. O plano diretor não proíbe determinadas atividades em certas zonas porque elas sejam prejudiciais ao interesse público, mas porque as atividades nelas permitidas são as melhores para o interesse público. Mesmo na ausência de uma obrigação de utilizar o bem, as simples limitações urbanísticas ao seu uso constituem uma técnica de comando indireto que vai muito além do conceito clássico do poder de polícia. O plano define precisamente o que pode ser construído em cada terreno. Escolhe uma dentre inúmeras possíveis utilizações não prejudiciais ao interesse público. Só uma interpretação extensiva pode admitir que isso se faça com fundamento no poder de polícia.”

¹⁵⁰ Não cabe adentrar a discussão acerca da conveniência da expressão “Poder de Polícia”. Este é conceituado por BANDEIRA DE MELLO (que o denomina “polícia administrativa”) como “a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento na supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”. (2009, p. 830).

¹⁵¹ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, p. 181.

Com efeito, ainda no dizer do indigitado autor, o entendimento de que o urbanismo é fundamentado no poder de polícia tem origem no liberalismo do século XIX, que o identificava como técnica de estudo de regulação do espaço urbano com objetivos limitados à tranquilidade, à segurança e à salubridade públicas. Não seria possível imaginar, à época de seu surgimento, o acentuado grau de dirigismo econômico e social verificado no urbanismo atual, razão pela qual, conclui, a limitação urbanística não configura restrição a um direito fundamental preexistente, mas a própria conformação deste direito. Confirma este entendimento o fato de que o princípio da função social da propriedade não consta apenas dos capítulos relativos à Ordem Econômica e à Política Urbana da Constituição Federal de 1.988, mas está consagrado também no capítulo relativo aos Direitos Individuais e Coletivos, ao lado do próprio direito de propriedade. Finaliza seu raciocínio na seguinte conformidade¹⁵²:

“(...) pode-se dizer que a função social da propriedade constitui um *direito coletivo*, a que corresponde um *dever individual* do proprietário de dar ao bem um destino útil para a sociedade. Ela coexiste com o *direito individual* da propriedade, a que corresponde o *dever coletivo* de respeitar o uso do bem pelo seu titular.

“Não há um direito de propriedade absoluto, restringido posteriormente pelo poder de polícia. O direito de propriedade urbana já nasce limitado, com uma função social que visa ‘desenvolver as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes’, segundo um planejamento urbano que defina os índices urbanísticos aplicáveis a cada terreno”.

Observa-se, assim, que as limitações administrativas às edificações na propriedade urbana confundem-se com a própria conformação desta, realizada por intermédio da qualificação da edificabilidade no lote conferida pela lei urbanística. O texto da Constituição Federal orienta a formação da propriedade na qual se exercerá o direito de construir, nos moldes previstos no art. 1.299 do Código Civil.

¹⁵² CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, pp. 181/182.

5.1.3 A Visão Urbanística sobre a Edificabilidade em Terrenos Urbanos

A questão da edificabilidade em imóveis urbanos merece hoje uma análise que não parta do interesse individual em face do interesse coletivo, e sim do contrário: é necessário, haja vista a premente necessidade de preservação e promoção da melhoria do meio ambiente urbano (já positivada na Constituição Federal e na legislação de regência), que a avaliação crítica dos elementos jurídicos postos à disposição do intérprete para a formação da hipótese legal referente ao tema tome por base o interesse difuso da cidade socialmente equilibrada e justa e o direito às cidades sustentáveis. A corrente teórica que dá suporte a esta visão sobre o tema da edificabilidade em terrenos urbanos é a identificada com os estudiosos do direito urbanístico.

Tal vertente de estudiosos propõe que a regra do art. 1.299 do Código Civil deve ser interpretada conjuntamente com dispositivos correlatos, que acabem por revelar seu integral significado, tendo em vista o desiderato constitucional de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes (art. 182 da Constituição Federal). Assim, as restrições advindas do direito de vizinhança (ex.: arts. 1.301, § 2º e 1.302, parágrafo único do Código Civil) e impeditivas do mau uso da propriedade (exs.: arts. 554 e 1.277 do Código Civil), embora relevantes, não são consideradas o aspecto principal ao descortino do real sentido do direito em tela – são, isto sim, elementos postos à disposição do jurista para que compreenda, no caso concreto, a conformação de um direito previamente emoldurado, especialmente pela lei municipal.

5.1.3.1 Propriedade Urbanística e Edificabilidade

O art. 5º expõe a proteção ao direito de propriedade em seu inciso XXII, e esclarece que esta atenderá à sua função social já no inciso subsequente. O art. 182, por seu turno, esclarece que “propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, que é o “é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de

expansão urbana”, voltada a “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Ilustrado pelo texto constitucional, estabelece o Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, de acordo com as diretrizes que estatui em seus incisos – entre outras, a garantia do direito a cidades sustentáveis; o planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; a ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar a edificação ou uso excessivo ou inadequado em relação à infraestrutura urbana, a deterioração das áreas urbanizadas e a poluição e a degradação ambiental e a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

Como já assinalado, caberá ao plano diretor definir as áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário (art. 28, “caput”), bem como determinar diferentes coeficientes de aproveitamento para áreas específicas dentro da zona urbana (art. 28, § 2º). O índice para o cálculo de tais limites será a manutenção do meio ambiente urbano - será a lei urbanística quem conferirá tal “direito de construir”, tendo em vista a função urbanística da propriedade, como também indicam os arts. 34, § 1º (utilização de CEPAC), 35, § 2º (transferência do direito de construir) e 36 e 37 (Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV) da mesma lei.

Relembre-se, neste ponto, que o ordenamento jurídico brasileiro optou por dar à política de desenvolvimento e expansão urbana, instituída pelo Município especialmente por intermédio do seu plano diretor, o papel de vetor de organização jurídico-social tendente à busca da cidade sustentável. Tal atribuição, à evidência, trará reflexos na própria concepção da propriedade urbana e no direito de construir na cidade. Sobre o tema, leciona DA SILVA¹⁵³:

“Enfim, tendo em mente a função social da propriedade urbana e os demais condicionamentos vistos, podemos lembrar a lição de Garcia de Enterría, citada por Pedro Escribano Collado, segundo o qual ‘a propriedade urbana

¹⁵³ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 85.

se constrói com base em três princípios fundamentais: a) urbanizar deixou de ser um conteúdo da propriedade para converter-se em função pública. A edificação do solo, como máximo expoente dessa atividade, é uma tarefa exclusivamente assinalada aos planos, ou, à sua falta, à própria lei do solo (vale dizer, para nós, à lei ou às leis urbanísticas); b) o plano determina exhaustivamente todos os usos possíveis do solo urbano. 'O *jus aedificandi* já não é mais uma faculdade livre do proprietário, é, quanto à sua medida concreta, uma estrita determinação do plano'; c) a incidência do plano sobre a propriedade privada não é mais uma limitação que restrinja uma liberdade inicial, posto que sem plano não há aproveitamento urbano possível. O plano outorga positivamente faculdades, não limita uma posição básica de liberdade do proprietário".

De fato, a evolução da atividade urbanística do Poder Público e o surgimento consequente de uma normatividade jurídico-urbanística mais desenvolvida, geradora do próprio direito urbanístico, alteraram a correlação entre direito de construir e direito de propriedade, com profundas mudanças no regime do solo urbano. A atividade urbanística do Poder Público – especialmente a realizada na elaboração dos planos urbanísticos – acaba por ter efeito constitutivo do direito de construir, que, nesses termos, não se configura como uma emanção do direito de propriedade, mas uma concessão do Poder Público. Ainda segundo DA SILVA, os países europeus vêm dando largos passos nessa matéria, entendendo-se cada vez mais relevante o princípio da função social da propriedade urbana e a verificação de que o destino urbanístico dos terrenos é algo criado, destacando-se a tese de que o destino da edificabilidade dos terrenos urbanos é uma utilidade legal, uma qualificação dada pelos planos e normas urbanísticas. Tal tese tem fundamentado medidas de desincorporação, ou quase-desincorporação, do direito de construir do direito de propriedade, rompendo com a posição tradicional de que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno¹⁵⁴.

Releva destacar, neste diapasão, o entendimento de que o plano outorga faculdades em termos edifícios, e não as restringe: compreendendo-se a edificabilidade como algo não imanente à propriedade imobiliária urbana, torna-se evidente que caberá à lei urbanística atribuir tal qualificação a tais propriedades. A qualificação atribuída representará o direito de construir do proprietário.

Ainda nesta linha de ideias, assinala DABUS MALUF¹⁵⁵:

¹⁵⁴ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, pp. 86/87.

¹⁵⁵ DABUS MALUF, *op. cit.*, 2010, pp. 156/157.

“A propriedade urbana é aquela que se destina aos fins urbanísticos, ou seja, à atenção das finalidades elementares da cidade de habitação, circulação, recreação e trabalho, conferindo qualidade de vida a seus habitantes, como preleciona José Afonso da Silva. Cabe à municipalidade o estabelecimento das normas urbanísticas caracterizadoras dos direitos e limitações de construir. As construções devem, portanto obedecer ao gabarito determinado pela administração, em face do recuo e do alinhamento das vias públicas, do aproveitamento das áreas máximas de edificação nas diferentes zonas, como trata Silvio Venosa.

“Logo, a determinação do direito de propriedade urbana é fruto dos planos urbanísticos que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se o objetivo daquela propriedade. A faculdade de edificação do proprietário em seus terrenos deriva dos planos e normas edilícias, presentes no Plano Diretor.

Em se tratando de direito de construir, ou em sentido mais estrito, de direito de edificar em solo urbano, o texto legal outorgou ao proprietário uma faculdade, uma prerrogativa condicionada pelo direito objetivo, isto é, o direito de propriedade não tem a força de sobrepor-se ao preceito constitucional de função social da propriedade, a ponto de impor a edificação onde a lei urbanística aconselha a não edificabilidade. Da mesma forma, os planos urbanísticos determinam o índice de adensamento das áreas urbanas, revelando-se que contraria a mesma função social a não edificação em terrenos urbanos (o que justificaria a imposição da edificação em certo prazo sob pena de desapropriação) para fins de especulação, pois destas podem surgir distorções muitas vezes insuportáveis para a vida urbana, que o direito busca corrigir e evitar¹⁵⁶.

Não se trata, assim, de confronto entre o direito de construir em propriedade urbana e a legislação urbanística aplicável. É, isto sim, a revelação do conteúdo de tal direito pela lei de ordenação e uso do solo – a edificabilidade possível em um terreno é o que determina, em termos gerais, o plano urbanístico positivado pelo plano diretor, advindo destes parâmetros o direito de construir do proprietário.

¹⁵⁶ DABUS MALUF, *op. cit.*, 2010, pp. 156/157.

5.1.3.2 A insuficiência da visão civilista clássica da edificabilidade em solo urbano

O entendimento ora exposto tem por supedâneo razões de ordem prática e jurídica, que se contrapõe aos pontos principais da visão civilista clássica sobre o tema da edificabilidade em solo urbano¹⁵⁷.

Em primeiro lugar, observa-se que a tese que considera o *jus aedificandi* como uma faculdade imanente ao direito de propriedade está em contradição com a realidade da vida. De fato, a muitos proprietários é negada ou não é admitida qualquer possibilidade de construção – veja-se, por exemplo, a vedação genérica a edificações em áreas de preservação permanente descritas nos arts. 2º e 3º da Lei Federal n. 4.771/65. O Direito, pelo seu próprio caráter utilitário, tem que ser adequado à realidade. O dogma da inerência do *jus aedificandi* ao direito de propriedade mostra-se, hoje, em desacordo com a realidade jurídica.

De observar-se, também, a determinação constitucional e do Estatuto da Cidade de elaboração dos planos diretores pelos municípios, sendo estes diplomas responsáveis pela implantação da política de desenvolvimento urbano e pela parametrização dos índices e condições que atestarão o obrigatório atendimento à função social da propriedade. Estes dois fatores apontam claramente no sentido de que os pressupostos de existência do *jus aedificandi*, e não apenas as condições de seu exercício, se encontram naqueles instrumentos de planificação territorial e estão dependentes de seu “sistema de atribuição”.

Outra razão de crítica, estritamente ligada à anteriormente referida, encontra-se no chamado princípio da reserva de plano, já estudado neste trabalho – tal é o que garante institucionalmente que as diversas demandas setoriais sejam coordenadas pelo órgão de planejamento, exigindo-se que as medidas que possam vir a afetar a transformação do território constem dos planos urbanísticos como condição para sua execução. Este princípio impede que se perspetive o *jus aedificandi* como uma faculdade conatural ao direito de propriedade do solo uma vez que os particulares não têm o direito de elaborar e de aprovar um plano urbanístico.

¹⁵⁷ CORREIA, *op. cit.*, 2008, pp. 849/851; DA SILVA, *op. cit.*, 2008, pp. 81/86.

É possível argumentar-se, também, tendo em vista os mecanismos de garantia do princípio da igualdade em face das medidas dos planos urbanísticos positivados pelas leis urbanísticas (que são, portanto, dotados de eficácia plurissubjetiva). Sob este aspecto, um sistema jurídico que se baseie no princípio fundamental da liberdade de construção e que considere, em traços gerais, o *jus aedificandi* como uma resultante da garantia constitucional do direito de propriedade do solo tende, em regra, a dar relevo apenas a um tipo de medida do plano urbanístico, que labora em sentido contrário ao princípio da igualdade (e, portanto, em regra, geradora de direito a indenização). Tais medidas são aquelas que se traduzem em “expropriações”, quer se trate de expropriações no sentido clássico, isto é, de expropriações translativas do direito de propriedade do solo particular para a Administração, quer se trate de expropriações que sacrificam o *jus aedificandi* do proprietário do solo por motivos de interesse geral sem a transferência da propriedade para o Poder Público.

Demonstra a fragilidade de tal visão o fato de ter o princípio da igualdade, entendido em sentido material, duas grandes premissas: i) a igualdade perante a lei não exclui a desigualdade de tratamentos que se mostre indispensável em face da particularidade de situações; ii) o ideal de justiça que reclama tratamento igual para os iguais, pressupõe tratamento desigual para os desiguais, na medida em que se desigualem¹⁵⁸.

Um sistema jurídico que se estribe na premissa de que o *jus aedificandi* é uma faculdade atribuída pelo plano urbanístico apresenta-se, em geral, mais sensível à correção das desigualdades que regulam a qualificação de edificabilidade do solo urbano por motivos de interesse geral. Em primeiro lugar, porque considerando que a propriedade não dispõe *ab initio* de uma edificabilidade inerente, sendo esta objeto de atribuição do plano urbanístico positivado em lei, coloca o problema do princípio da igualdade em face das medidas do plano sob o

¹⁵⁸ Para a perfeita identificação das soluções em que seja possível a desequiparação constitucionalmente autorizada, elaborou BANDEIRA DE MELLO a teoria do “conteúdo jurídico do princípio da igualdade”. Tal teoria afirma, em grossas linhas, que é possível aferir a discriminação constitucionalmente determinada com o uso de um “fator de discriminação”, o “discrimen”, ou “elemento discriminador”: desde que haja uma razão lógica para utilizar o fator de discriminação, é possível utilizá-lo. Em outros termos, é possível discriminar, desde que haja pressupostos lógicos para a desequiparação. Fora destes casos de desequiparação lógica (e excetuando-se os casos já expressamente trazidos no próprio texto constitucional), toda e qualquer discriminação é expressamente vedada pela Constituição Federal. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., 20^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010).

ângulo do princípio do tratamento igual dos particulares pela Administração, realçando-se, deste modo, a idéia segundo a qual não se pode atribuir um benefício a uns e não o atribuir a outros ou atribuir um benefício maior a uns que a outros. Este ponto de vista, ainda, é mais consentâneo com a adoção de mecanismos de distribuição igualitária dos benefícios e encargos entre os proprietários de terrenos abrangidos por um mesmo plano, através de uma pluralidade de instrumentos, entre os quais o da recuperação pela comunidade das mais-valias oriundas do plano.

Retornando aos argumentos esposados pelos defensores da tese civilista clássica da imanência da edificabilidade à propriedade imobiliária urbana, é possível amealhar mais uma série de observações que, ao que parece, acabam por retirar-lhes a força persuasória¹⁵⁹.

Com efeito, constata-se que, no que toca à busca da definição acerca do direito de construir na própria legislação civil, esta visão não resiste à simples verificação de que o proprietário, de fato, não possui a faculdade de decidir se e como pode construir em seu terreno. Tal matéria é reservada à legislação urbanística, sendo certo, ainda, que a possibilidade de negociação do direito de superfície envolve, em verdade, a própria existência do direito de edificar em determinado local. Não é possível imaginar uma situação em que o direito civil e o direito urbanístico não se comuniquem – o direito uno, e é aplicado em sua totalidade cada vez que incide ao caso concreto. A mesma razão é utilizável para o argumento acerca do fato de que apenas o proprietário está legitimado a construir ou a permitir que outrem construa em seu bem - novamente acentua-se a dependência desta disposição (a de legitimação a construir ou permitir que outrem construa em sua propriedade) vinculada ao aproveitamento do solo urbano estatuído pelo plano urbanístico positivado em lei.

Além disso, se é certo que, no caso de desapropriação do imóvel, o *jus aedificandi* deve ser necessariamente considerado no valor da indenização a ser ofertada ao desapropriado, isto não leva à conclusão que o imóvel sempre terá este *jus aedificandi*. Em outras palavras, quando a lei urbanística conferir esta qualificação ao solo urbano, isto é, houver o direito de construir, deverá este ser devidamente valorado, o que não atesta sua existência em todos os casos.

¹⁵⁹ Cf. CORREIA, *op. cit.*, 2008, pp. 832/846.

No que tange à possibilidade de deferimento tácito da licença de construir e da taxatividade dos fundamentos de indeferimento do pedido de licença edilícia, tais aspectos representam tão somente a regulamentação administrativa de um ordenamento jurídico anteriormente estabelecido. Com efeito, o deferimento tácito da licença de construir não livra o proprietário de obedecer aos requisitos legais de edificabilidade, inclusive a possibilidade de edificar-se no lote. A construção é realizada por conta e risco do empreendedor, sob a possibilidade de sanção administrativa e/ou judicial em caso de descumprimento de norma jurídica anteriormente estabelecida. A taxatividade dos fundamentos de indeferimento do pedido, por seu turno, reforçam o caráter publicístico da avaliação do requerimento, que vinculam a atuação do agente público aos termos da lei.

Não se ignora, por fim, que há ainda diversos municípios brasileiros sem o competente plano diretor, seja por inação do Poder Público, seja pela não exigibilidade de elaboração do referido diploma. Tal condição não significa que o potencial construtivo deixe de ser de disposição¹⁶⁰ do Município: o plano diretor não é a condição para a incidência do princípio da função social da propriedade, e sim seu instrumento precípua. Em outros termos, caso a edificabilidade não seja regulada pela lei urbanística (pela sua ausência), ainda assim será o direito de construir informado pela função social da propriedade. Neste caso, prevalecerá, para a questão da edificabilidade, a legislação civil e ambiental pertinente, ilustrada pelos princípios e regras constitucionais afins e pelas diretrizes do Estatuto da Cidade, bem como pelas posturas municipais.

A não existência da lei urbanística que assim qualifique a propriedade urbana em municípios não obrigados a elaborar plano diretor revela-se, destarte, ato de império do Poder Público municipal, adotado em virtude de seus interesses¹⁶¹, não sendo possível falar-se em inerência do direito de edificar à propriedade pelo simples fato de a qualquer momento o Município poder efetivamente editar a lei urbanística que regulará a propriedade urbana, inclusive quanto a este item, sem que se possa falar, obedecida a racionalidade imanente ao plano urbanístico, em necessária indenização aos proprietários urbanos. Em verdade, a concepção

¹⁶⁰ Por “disposição” do potencial construtivo entende-se que este ente federativo administrará tanto o seu volume, isto é, o seu quantum a ser deduzido pela lei urbanística quanto a sua distribuição no território, também realizada mediante critérios legalmente estatuídos em atendimento ao planejamento urbanístico consolidado em um plano urbanístico, tendo por escopo a busca da cidade sustentável.

¹⁶¹ É possível, sob este aspecto, estabelecer paralelo com a competência tributária, que tem por característica ser de exercício facultativo.

publicística da propriedade urbana como ora se apresenta surge exatamente em função da complexidade advinda da convivência nas cidades¹⁶²: no momento em que a Constituição Federal exige a elaboração do plano diretor para determinados municípios (rol, repita-se, ampliado pelo Estatuto da Cidade), obriga a tais entes a exercerem essa competência legislativa atribuída indistintamente a todos os municípios brasileiros pela simples condição de, neles, haverem agrupamentos urbanos identificados como “cidades”.

Observa-se, em resumo, que os argumentos trazidos à colação pela doutrina relacionada deixam estreme de dúvida que o direito de construir em propriedade urbana advém de uma qualificação estatuída pela lei urbanística, editada em obediência a preceitos que privilegiam o direito à cidade, tendo, portanto, caráter público. A evolução da legislação acerca do tema, especialmente em virtude dos novos paradigmas estabelecidos pela Constituição Federal brasileira de 1.988, possibilita e legitima o entendimento de que o direito de natureza difusa à cidade saudável passa pela regulação pública da questão da edificabilidade em solo urbano. Longe de representar um vilipêndio a qualquer direito individual, tal constatação representa o estágio atual de evolução sócio-jurídica em nosso País: hoje, sem dúvida, há a perfeita noção de que o meio ambiente urbano deve ser preservado e o bem-estar social nas cidades deve ser promovido, cabendo ao Poder Público, vinculado aos princípios vetores da sua atuação, executar os programas e atingir as metas constitucional e legalmente estabelecidas a tanto. A busca da cidade saudável passa, assim, pela isonômica distribuição do potencial construtivo no sítio urbano. A influência e importância do potencial construtivo nas cidades, por seu turno, muito se dá em virtude do instituto urbanístico do solo criado.

¹⁶² O Estatuto da Cidade determina que o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo, o que, à evidência, inclui a área rural (art. 28, § 2º). Tal condição, no entanto, deve ser entendida no âmbito de competência legislativa deste ente federativo – é atribuição da União legislar sobre direito agrário (art. 22, inc. I da Constituição Federal). Logo, as prescrições do plano diretor para as áreas rurais deverão se ater a determinações de caráter urbanístico – por exemplo, a disciplina da forma de expansão urbana, o condicionamento do uso de áreas rurais importantes ao desenvolvimento urbano em virtude de recursos ambientais ou hídricos etc. (CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 48/49)

5.2 O SOLO CRIADO

Uma regulação adequada do fenômeno urbanístico, em vista da realidade tecnológica hoje existente, não pode prescindir da noção de solo criado. Com efeito, as técnicas construtivas atualmente existentes viabilizaram a maximização do aproveitamento físico de um lote, por meio da criação de áreas horizontais que superam, em muito, as dimensões da superfície do solo.

Em vista disso, passou-se a reconhecer, com grande frequência, nos diversos instrumentos regulatórios referentes ao planejamento urbanístico, um coeficiente de aproveitamento básico, que serve como limite ordinário para a edificabilidade. Além desse limite, considera-se haver o solo criado, sujeito a uma disciplina jurídica diferenciada.

No conceito de HELY LOPES MEIRELLES, solo criado é¹⁶³

“Toda área edificável além do coeficiente único de aproveitamento do lote, legalmente fixado para o local. O Solo Criado será sempre um acréscimo ao direito de construir além do coeficiente básico de aproveitamento estabelecido pela lei; acima desse coeficiente, até o limite que as normas edificações admitirem, o proprietário não terá o direito originário de construir, mas poderá adquiri-lo do Município, nas condições gerais que a lei local dispuser para a respectiva zona.”

A noção de solo criado, assim, constitui uma realidade normativa, ou seja, é uma realidade decorrente da configuração adotada por um determinado ordenamento jurídico. Por essa razão, convém apresentar alguns elementos a respeito da regulação da matéria em ordenamentos estrangeiros, para em seguida passar a um breve histórico do instituto no Brasil e à sua disciplina concreta em nossa legislação.

¹⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e Pareceres de Direito Público** – v. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 333.

5.2.1 Solo criado no direito estrangeiro

Antes de adentrar o estudo de como o conceito de solo criado foi incorporado à legislação brasileira, especialmente a partir da análise do Estatuto da Cidade, mostra-se interessante traçar um rápido panorama sobre instrumentos e institutos do direito estrangeiro que tratem de alguma maneira do tema.

Nestes termos, observa-se que nos Estados Unidos, a experiência do Solo Criado teve por origem o chamado Plano de Chicago, que estabeleceu a noção de um “banco municipal de potencial construtivo” (*municipal development rights bank*), com o objetivo de preservar edifícios de valor histórico ou paisagístico, os *landmarks*. Este banco municipal foi organizado tomando-se por base territorial um ou mais distritos em que se localizam tais *landmarks*, sendo certo que o potencial construtivo excedente de tais sítios preservados pode ser transferido para outros imóveis, em distritos aptos a receber tal transferência. A este mecanismo de transferência dá-se o nome de *Space Adrift* (“Espaço Flutuante”, em tradução livre), ficando os proprietários dos imóveis cedentes do potencial construtivo obrigados à conservação de seu bem.

Aponta ALOCHIO¹⁶⁴, neste passo, duas importantes observações a respeito do mecanismo idealizado na cidade norte-americana: em primeiro lugar, a figura do *space adrift* permite a obtenção de chamados *zoning bonuses*, que nada mais são que a aquisição de potencial construtivo adicional para o imóvel em troca da inclusão, no projeto, de benefícios de interesse público previamente fixados (tais como praças, acessos ao metrô etc.). Em segundo lugar, o mesmo plano possibilita que, caso o proprietário do bem a preservar não anua com a transferência do potencial construtivo (o que vedaria futuras ampliações da área construída de seu imóvel), poderá o poder local desapropriar tal potencial para impor a restrição urbanística. Assim, ao mesmo tempo em que parece conferir à propriedade um direito imanente de construir, a legislação norte-americana utiliza a teoria do domínio eminente para desapropriar o proprietário em razão do interesse coletivo na preservação do bem tombado.

¹⁶⁴ ALOCHIO, *op. cit.*, 2005, pp. 87/91.

Anote-se, neste ponto, que tal sistemática tem mecanismos não adotados em nosso país: em primeiro lugar, nos Estados Unidos os governos locais, em regra, não criam potencial construtivo, e sim gerenciam um banco que recebe tal bem jurídico que advém dos *landmarks*; em segundo lugar, caberá a tais governos adquirir potencial construtivo adicional, especialmente junto à iniciativa privada.

Na França, a partir de 1.975 houve a tentativa de instituir-se uma nova forma de controle do poder público sobre a execução de obras da iniciativa privada, constituindo-se um “teto legal de densidade” (*plafond légal de densité*) – em todas as cidades do País, estatuiu-se um índice de coeficiente de aproveitamento¹⁶⁵ equivalente a 1,0 (um metro quadrado de área construída para cada metro quadrado de terreno), com exceção de Paris, em que o índice fixado foi de 1,5 (um metro e meio quadrado de edificação para cada metro quadrado de terreno). Caso desejasse construir acima de tais índices, deveria o particular adquirir tal direito, sendo a contrapartida calculada em valor igual ao valor do terreno para o qual a aquisição seria necessária para que a densidade da construção não excedesse ao teto legal de densidade. Tal sistema acabou sendo paulatinamente substituído por uma legislação que privilegia a descentralização, permitindo que as comunas implementem, de forma facultativa, tais tetos legais de densidade (Lei 86-1.290, de 23/12/1.986)¹⁶⁶.

Na Itália, aprovou-se no ano de 1.977 a Lei n. 10, que dispôs sobre edificabilidade do solo, e permitiu a cobrança de uma contribuição destinada a cobrir os custos da urbanização da cidade em cada licença de construção expedida. Tal lei, no entender de DA SILVA, teria ultrapassado o próprio conceito de solo criado, para chegar à separação do direito de construir do direito de propriedade do terreno, uma vez que partiria do princípio da não edificabilidade do solo, sendo o direito de construir uma concessão da comuna, estatuído por intermédio da apontada licença. Tal interpretação, contudo, foi afastada pela Corte Constitucional Italiana, para a qual a concessão para edificação prevista na lei não seria “atributiva de direitos

¹⁶⁵ No urbanismo, dois são os índices mais relevantes para se determinar o aproveitamento do solo: 1) o Coeficiente de Aproveitamento, que representa um número que, multiplicado pela área do lote, indica a quantidade máxima de metros quadrados que podem nele ser construídos, isto é, é a relação entre a área construída de uma edificação e a área total do terreno em que se situa; e 2) a Taxa de Ocupação, que é a relação entre a área da projeção horizontal da edificação ou edificações e a área do terreno, isto é, a porcentagem do terreno sobre o qual há construção. Tais índices, somados a outros aplicáveis à espécie (taxa de permeabilidade do terreno, gabaritos de altura etc.) definem o potencial de aproveitamento de um terreno urbano.

¹⁶⁶ ALOCHIO, *op. cit.*, 2005, pp. 91/93.

novos, mas pressupõe faculdade preexistente, de modo que, sob esse perfil, não exerce função substancialmente diversa daquela da antiga licença, tendo o escopo de declarar a ocorrência das condições previstas pelo ordenamento para o exercício do direito, nos limites em que o sistema normativo lhe reconhece e tutela a subsistência”¹⁶⁷.

A interpretação da Corte Constitucional Italiana teve o mérito de evitar alegações de desapropriação generalizadas por parte dos proprietários italianos, que argumentariam terem sido usurpados de seu direito de construir¹⁶⁸, uma vez que a lei n. 10 determinava que o cálculo do valor da desapropriação não deveria incluir o potencial construtivo dos terrenos. Observa-se, contudo, que a mesma sentença – que versava sobre o direito de indenização de um proprietário rural, tratando incidentalmente a questão da edificabilidade - definiu que “é sem dúvida verdade que o sistema regulamentar criado para regular a terra edificável atribui às autoridades competentes qualquer determinação sobre se, como e quando (...) das edificações”¹⁶⁹.

Em Portugal (na cidade de Lisboa) houve criação de instituto semelhante, a “Taxa pela Realização de Infra-Estruturas Urbanísticas (TRIUI)”, de 1.987. De acordo com a TRIUI, constituiriam receita do Município de Lisboa o valor arrecadado com a cobrança de taxas por licenças concedidas, havidas como contrapartida dos investimentos municipais com a construção e reforço de infraestrutura e equipamentos urbanos em virtude de operações de construção, reconstrução com aumento de área bruta, ampliação de edifícios ou alteração na forma e utilização destes.

Na visão de ALOCHIO, o instituto lisboeta em muito se assemelha à outorga onerosa do direito de construir e à alteração de uso, previstos no Estatuto da Cidade, especialmente levando-se em consideração a fórmula de quantificação do valor da taxa, que leva em conta o *quantum* da sobrecarga sobre as infraestruturas pré-existentes pelos novos empreendimentos¹⁷⁰.

Interessa observar, no que toca à experiência estrangeira, que há uma ideia comum a todos os sistemas jurídicos abordados: há a necessidade de retribuição,

¹⁶⁷ DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 265.

¹⁶⁸ Cf. ALOCHIO, *op. cit.*, 2005, p. 94.

¹⁶⁹ Sentenza 5/1980, Presidente da Corte e Relator AMADEI, disponível para consulta em <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>. Acesso em 28/07/2.011. O texto da sentença é anexo a este trabalho.

¹⁷⁰ ALOCHIO, *op. cit.*, 2005, p. 96.

pelo proprietário do solo urbano, de um benefício por ele obtido. Tal benefício, ressalte-se, nada mais é que a permissão conferida pelo Poder Público de edificação em solo urbano. Com efeito, independentemente da conceituação do direito de construir, cambiante de acordo com o país em que se estuda o instituto, há uma noção de que é preciso cotejar o benefício auferido pelo particular com o custo urbanístico da edificação. O ordenamento jurídico brasileiro, como se verá, também adotou esta premissa.

5.2.2 O solo criado na Carta de Embu

No Brasil, a noção de solo criado desenvolveu-se a partir da década de 70, destacando-se a importância do seminário promovido pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal – CEPAM, que deu origem à já citada Carta de Embu.

A Carta de Embu, de grande relevância histórica e marcante atualidade, reconhece que as diferentes porções do território urbano são afetadas precipuamente a diferentes tipos de atividades. A competição por tais locais tende a elevar o preço dos terrenos e a aumentar a densidade das áreas construídas, com a tendência de intensificação de utilização dos terrenos, com multiplicação do número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo, o que sobrecarrega toda a infraestrutura urbana (capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica), bem assim a dos equipamentos sociais, tais como, escolas, áreas verdes etc.

Pondera o texto, entretanto, que a tecnologia de construção civil vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre solo natural, sendo certo, contudo, que a legislação de uso do solo procura limitar este adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interesse da comunidade.

Um dos efeitos colaterais dessa legislação, continua o documento, é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça.

Em virtude de tais premissas, e considerando que (a) o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, definidos segundo a relevância do interesse social e (b) o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, conclui o documento que:

- a) é constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos;
- b) tal fixação não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos mediante legislação de zoneamento;
- c) que toda edificação acima do coeficiente único é considerada “solo criado”, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo (Conclusão 1.2);
- d) é constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação deste solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado e, quando impossível a oferta destas áreas, sejam elas substituídas pelo seu equivalente econômico.

Trata o documento, ainda, das situações de alienação da parcela não utilizável do direito de construir, e da transferência de potencial construtivo de imóveis tombados.

5.2.3 O Solo Criado no direito positivo brasileiro

O reconhecimento pela Carta de Embu da função social da propriedade e da necessidade de estabelecer os parâmetros de uso e disposição da propriedade

urbana segundo o interesse social foram essenciais para a final configuração do instrumento do solo criado no Brasil.

O Estatuto da Cidade acolheu o conceito do solo criado ao permitir, em seu art. 28, o estabelecimento de mais de um nível de coeficiente de aproveitamento para o Município. Em sua dicção, o plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Tal coeficiente de aproveitamento básico poderá ser único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

No Município de São Paulo, destaca-se, optou o legislador por estabelecer três níveis de coeficiente de aproveitamento do solo urbano: o mínimo, abaixo do qual o terreno é considerado subutilizado ou subaproveitado; o básico, que é o limite de construção sem que seja necessário utilizar potencial construtivo adicional; e o máximo, que é o limite permitido para cada zona de uso utilizando-se o solo criado¹⁷¹. Tais coeficientes variam de acordo com o zoneamento – os coeficientes de uma zona residencial de baixa densidade são diversos dos de uma zona mista de alta densidade -, o que, em termos práticos, afasta a exigência de coeficiente único para a caracterização do instituto do solo criado.

Já no art. 4º do Estatuto da Cidade encontram-se, dentre os instrumentos da política urbana, a menção a institutos jurídicos próprios do tema: a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso do solo, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas (inc. V, alíneas “n”, “o” e “p”), que laboram diretamente com este conceito. Cumpre colacionar alguns aspectos do regulamento legal referentes ao objeto deste estudo.

5.2.3.1 Outorga onerosa do direito de construir

O Estatuto da Cidade assinala que plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, bem como

¹⁷¹ Art. 146 do Plano Diretor Estratégico - Lei Municipal nº 13.430/02.

os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área (art. 28).

A primeira observação a fazer acerca do regramento da outorga onerosa do direito de construir previsto no Estatuto da Cidade é a expressa vinculação entre a possibilidade de edificação além do coeficiente de aproveitamento básico adotado e a capacidade de suporte urbanístico da área da construção – somente será possível edificar se o meio ambiente urbano mostrar-se apto a distribuir adequadamente a carga urbanística correspondente. Tal regra ilustra a finalidade urbanística da outorga de potencial construtivo adicional aos lotes urbanos, que será mais adequadamente abordada no capítulo seguinte.

A distribuição deste potencial construtivo por meio de outorga onerosa dar-se-á, em regra, pela venda direta aos proprietários dos lotes nos quais se realizará a construção. Para FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, caso prevista em lei municipal, tal regra faz incidir o art. 25, *caput*, da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei Federal de Licitações). Caso não haja esta expressa previsão legal, ou qualquer outra diversa em competente lei municipal, deverá tal bem ser vendido de acordo com o art. 17, II, da apontada Lei de Licitações – alienação por intermédio de leilão¹⁷².

O Estatuto da Cidade abre a possibilidade de que a outorga do solo criado tenha como contraprestação não somente o pagamento em dinheiro, mas também outras formas de adimplemento por parte do proprietário. O projeto de lei original previa expressamente quatro hipóteses de contrapartida – ativos financeiros, bens imóveis, execução de obras e serviços relevantes para o desenvolvimento municipal e créditos relativos à indenização não pagas pelo Município. A retirada destas possibilidades pelo legislador, ao que parece, não teve por consequência impossibilitar o pagamento da outorga por outro meio que não o pecuniário, mas sim fornecer ao Município amplas possibilidades de regular a matéria¹⁷³, adequando mais perfeitamente o instrumento às suas necessidades.

De destacar-se, por derradeiro, que o art. 31 do Estatuto da Cidade exige destinação específica dos recursos auferidos com a outorga onerosa de potencial

¹⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e Ferraz, SÉRGIO (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 242/243.

¹⁷³ MARQUES NETO, *op. cit.*, 2006, p. 244/245.

construtivo: regularização fundiária, execução de programas e projetos habitacionais de interesse social, constituição de reserva fundiária, ordenamento e direcionamento da expansão urbana, implantação de equipamentos urbanos e comunitários, criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes, criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental e proteção de áreas de interesse histórico ou paisagístico – os recursos advindos da comercialização do solo criado reverterem exclusivamente para fins urbanísticos.

5.2.3.2 Transferência de potencial construtivo

O art. 35 do Estatuto da Cidade estabelece que a lei municipal baseada no plano diretor poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente.

A transferência do potencial construtivo somente é possível se o imóvel cedente for considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários; para fins de preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural; ou servir a programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. A Lei n. 10.257/01 também faculta ao proprietário que doar ao Poder Público imóveis para os fins descritos retro a transferência do potencial construtivo do terreno doado.

Releva destacar que a transferência de potencial construtivo, a despeito de ser eminentemente um ato negocial entre particulares (à exceção da hipótese de doação do lote ao Poder Público), tem estrita regulação de finalidades urbanísticas. A lei municipal específica que autoriza a transferência é baseada no plano diretor, isto é, deve a este obediência e a este é submetida no que toca ao plano urbano neste previsto. Não há transferência de potencial construtivo que malfira o planejamento urbanístico encetado para a cidade, consolidado no indigitado plano urbano e tornado exigível pelo plano diretor.

Verifica-se assim que, *a priori*, não se caracteriza como direito subjetivo do proprietário de terrenos urbanos realizar tal transferência, ainda que com as

finalidades descritas nos incisos do art. 35 do Estatuto da Cidade – é preciso que o resultado da operação, tanto no que toca ao imóvel cedente quanto ao imóvel receptor de potencial construtivo, esteja adequado ao plano urbano. Da mesma forma, a lei não torna exigível que o Poder Público receba imóvel urbano em doação para que seja possível a transferência do potencial construtivo – aqui, além do interesse público primário, incide também o interesse público secundário¹⁷⁴, sendo certo que somente se convergentes ambos interesses, e desde que autorizada por lei urbanística, tal operação poderá ser realizada.

Ainda sobre o tema da transferência do potencial construtivo, verifica-se que o Estatuto da Cidade prevê textualmente a alienação do “direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente” para o atendimento de determinadas finalidades urbanísticas. Há, aqui, duas importantes constatações adicionais: a primeira, a de que a própria lei fala em edificabilidade (“direito de construir”) *conferido* pela lei urbanística. O termo “previsto” parece significar o “teto”, isto é, o volume máximo transferível a partir de determinada propriedade urbana, sendo a edificabilidade, pelo texto do Estatuto da Cidade, atribuída pelo Poder Público ao imóvel urbano.

A segunda constatação é a de que a lei não veda a transferência do potencial construtivo mínimo da propriedade, isto é, reconhece que o potencial construtivo do imóvel pode ser exercido em outro local ou mesmo alienado desde que sejam atendidas outras prioridades urbanisticamente relevantes. Tais prioridades – implantação de equipamentos públicos ou comunitários, preservação e regularização fundiária – parecem elidir a incidência do disposto no art. 5º, § 1º, I da Lei n. 10.257/01: ainda que o aproveitamento do imóvel, em termos edilícios, seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente, tal se dará em virtude da transferência do seu potencial construtivo para uma outra finalidade urbanística, também privilegiada por lei. O potencial construtivo dos imóveis urbanos, mais uma vez, coloca-se à disposição da coletividade tendo em vista o bem comum.

¹⁷⁴ O interesse público primário satisfaz o interesse da sociedade, do todo social, e pode ser compreendido como o próprio interesse social, o interesse da coletividade como um todo. Estão ligados aos objetivos do Estado, que não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional. O interesse público secundário decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica que pode ter interesses próprios, particulares. Tais interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais, tendo, em regra, cunho patrimonial. (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, 2009, pp. 65/69).

5.2.3.3 Operações urbanas consorciadas

O Estatuto da Cidade também traz disposições afetas ao solo criado no regramento geral acerca das operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34 da Lei n. 10.257/01).

Neste regramento, tendo por escopo alcançar em determinada área da cidade transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental, admite-se a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, considerado o impacto ambiental delas decorrente.

As operações urbanas representam verdadeiros projetos urbanísticos elaborados na ambiência de um plano urbanístico anteriormente estatuído e vigente. Dependem de lei específica e plano urbanístico próprio (arts. 32 e 33 do Estatuto da Cidade), ambos subordinados e referentes ao plano diretor do Município. A idéia subjacente a tal determinação parece evidente: vedam-se as alterações pontuais do planejamento urbanístico desvinculadas do diploma legal que é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Pretende-se implementar o plano diretor, e não retirar-lhe eficácia enquanto instrumento principal da política de desenvolvimento urbano. A coerência exigida entre as disposições do plano diretor e do plano de operação urbana consorciada é aferida com base em dois critérios: o de compatibilidade, que impõe uma obrigação negativa de não contradição, e o de conformidade, que expressa uma obrigação positiva de desenvolvimento de determinado tipo¹⁷⁵.

Permite o Estatuto, ainda, que a lei específica que aprovar a operação urbana consorciada autorize a emissão, pelo Município, de certificados de potencial adicional de construção (CEPAC), que serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação. O CEPAC será utilizado no pagamento do solo criado da operação urbana consorciada, isto é, da área de construção que supere os padrões estabelecidos

¹⁷⁵ BATISTELA, Marcos Geraldo. Operações urbanas consorciadas *in* DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coordenadores.). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p.330.

pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela apontada lei específica.

O CEPAC tem por finalidade representar o potencial construtivo nele autorizado para fins de livre negociação perante terceiros ou exercício perante o Município, sendo autônomo em relação a qualquer terreno enquanto não for vinculado a imóvel determinado pelo seu titular, por ocasião da apresentação do pedido de licença para edificação¹⁷⁶. Anote-se, por oportuno, que a partir do momento da entrada em vigor da lei da operação urbana consorciada, serão nulas as licenças e autorizações a cargo do Poder Público municipal expedidas em desacordo com o seu plano – caso a lei da operação urbana consorciada determine que a utilização de CEPAC é o único meio de realizar-se edificação acima do coeficiente de aproveitamento básico da zona de uso do empreendimento, não será mais possível adquirir-se potencial construtivo adicional por meio de outorga onerosa diretamente vinculada ao lote.

¹⁷⁶ LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada, in **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 284/285.

6 A NATUREZA JURÍDICA DO POTENCIAL CONSTRUTIVO E O DIREITO ÀS CIDADES SUSTENTÁVEIS

O potencial construtivo em imóveis urbanos apresenta-se como complexo instrumento para a regulação do meio ambiente em que estão inseridos, especialmente no que tange à tarefa constitucionalmente assinalada de propiciar a todos as cidades sustentáveis. É preciso, pois, investigar sua natureza jurídica, procurando identificar as diversas facetas dogmáticas desse instrumento de urbanização, diretamente vinculado à lei que positiva o plano urbanístico elaborado nos termos do Estatuto da Cidade, segundo os objetivos fixados pela Constituição Federal.

A doutrina civilista clássica, haja vista o pressuposto da inerência do direito de construir ao direito de propriedade imobiliária urbana, considera a edificabilidade como uma faculdade integrante do direito de propriedade. Contudo, a tese da imanência do direito de construir em relação à propriedade não parece ser a visão mais alinhada com o ordenamento jurídico pátrio, especialmente considerando-se o texto constitucional e as exigências de leitura do ordenamento jurídico dele decorrentes.

Na verdade, a melhor maneira de compreender o potencial construtivo não é como uma decorrência do direito de propriedade, mas como um bem jurídico, ou seja, um objeto valioso digno de proteção jurídica¹⁷⁷, que pode ser analisado sob diferentes perspectivas. Neste estudo, o potencial construtivo será considerado em três diferentes dimensões: urbanística, civil e ambiental.

6.1 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM URBANÍSTICO

O potencial construtivo dos terrenos urbanos, com o regime jurídico estabelecido a partir do texto constitucional, segundo o Estatuto da Cidade e com as matizes conferidas pela lei do plano diretor, constitui um relevante veículo para a

¹⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2008, p. 1.271.

implementação das funções sociais da cidade. Com efeito, a lei urbanística, ao regular o uso do solo, distribuindo os coeficientes de aproveitamento utilizáveis no espaço urbano em diferentes zonas de uso, define os potenciais construtivos para os lotes da cidade. Em outros termos, com o desiderato de induzir o equilíbrio urbanístico, a lei do plano diretor positiva o plano urbanístico, qualificando as condições de uso e aproveitamento do solo, e transfere aos lotes particulares (e públicos, evidentemente) determinadas quantidades de potencial construtivo, tudo em obediência ao plano urbanístico adrede elaborado.

Assim sendo, o potencial construtivo desempenha uma função urbanística, por meio do balanço e equilíbrio de sua distribuição por todo o município, constituindo, um elemento de suporte à implementação do plano urbanístico positivado em lei. O potencial construtivo tem a específica finalidade de possibilitar a realização do planejamento urbanístico consolidado no plano urbanístico aprovado em lei (normalmente, a lei do plano diretor). Todo o volume de potencial construtivo a ser utilizado no Município terá como pressuposto de existência e condição necessária de utilização o cumprimento da tarefa de implementação do planejamento urbanístico positivado pela lei do plano diretor, instrumento precípua de execução da política de desenvolvimento urbano executada pelo Poder Público municipal.

A apontada função urbanística do potencial construtivo, nestes termos, evidencia-se exercida antes mesmo de sua efetiva utilização em determinado imóvel urbano, sendo sua manifestação física – isto é, a construção em si – mera exteriorização de um processo de planejamento anteriormente encetado. Dessa maneira, a função do potencial construtivo não depende de qualquer propriedade imobiliária diretamente referida, haja vista seu papel de regulador da edificabilidade, tarefa essencial ao planejamento urbanístico e objeto específico do plano diretor. A edificação em imóveis urbanos é consequência da função exercida por este bem jurídico, quando incorporado à propriedade urbana.

Essa incorporação do potencial construtivo à propriedade urbana, como visto, pode ocorrer de forma gratuita ou onerosa. A forma gratuita corresponde à própria edição da lei urbanística, ao estabelecer o maior coeficiente de aproveitamento ordinariamente autorizado, normalmente denominado “coeficiente de aproveitamento básico” ou “único”, de modo que o potencial construtivo surge desde logo agregado a um lote. Já as formas onerosas aplicam-se ao potencial construtivo

adicional, que é criado pela lei urbanística, em vista do plano urbanístico subjacente, determinando-se as quantidades e locais onde será possível utilizá-lo, agregando-se também à propriedade urbana. De qualquer forma, a regulação da matéria pelo plano diretor deverá sempre levar em conta a função urbanística de sua utilização, seja este potencial construtivo o originalmente previsto para o sítio, seja ele adquirido mediante outorga onerosa, advindo de transferência ou da utilização dos CEPACs.

Conferido o potencial construtivo pela lei urbanística, correspondente ao coeficiente de aproveitamento básico ou único, ou vinculado posteriormente ao lote, na medida do coeficiente máximo, a edificabilidade convola-se em uma faculdade¹⁷⁸ atribuída a determinado proprietário. Por outro lado, constitui um ônus¹⁷⁹ do proprietário a construção até o coeficiente de aproveitamento mínimo do terreno, que pode coincidir ou não com o aproveitamento básico (ou mesmo máximo) do lote¹⁸⁰.

Assinale-se, por oportuno, que o ônus de edificar até o coeficiente de aproveitamento mínimo do lote expõe nitidamente a característica de bem urbanístico do potencial construtivo. As disposições constitucionais sobre a obrigatoriedade de adequado aproveitamento do solo urbano, penalizando-se o proprietário que mantém seu imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, encontram-se no mesmo art. 182 que atribui a política de desenvolvimento urbano ao Poder Público municipal, com objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das

¹⁷⁸ Em seu conceito jurídico, “faculdade” exprime a possibilidade de poder fazer ou agir, o que se entende por ter autoridade para fazer alguma coisa ou agir de certa maneira para a aquisição de direitos, ou para exercício de direitos. Exprime, pois, o próprio exercício do direito subjetivo da pessoa, exteriorizado pela “*facultas agendi*”. (DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. v. II., 2. ed. Forense: Rio de Janeiro e São Paulo, 1967. p. 671)

¹⁷⁹ Ônus jurídico consiste na necessidade de observar determinado comportamento para a obtenção ou conservação de uma vantagem para o próprio sujeito e não para a satisfação de interesses alheios. Desse modo, o réu tem o ônus jurídico de contestar, se quiser que os fatos contra ele articulados pelo autor não sejam tidos por verdadeiros, e o adquirente de bem imóvel o ônus de registrar, se pretender que sua aquisição possa valer contra terceiros (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro 2**. Teoria Geral das Obrigações, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b. pp. 26/27)

¹⁸⁰ O fundamento da instituição da obrigatoriedade de construção até o coeficiente de aproveitamento mínimo do lote é o privilégio da função social da propriedade. Neste caso, a inação do proprietário do terreno pode resultar em sanções pelo Poder Público, sempre obedecido o princípio da legalidade. Tal condição, contudo, não parece alterar a natureza facultativa do direito de construir como regra, isto é, obedecidos os requisitos legais, cabe ao proprietário de lote urbano decidir acerca da edificação em sua propriedade. É possível ainda, tal coeficiente de aproveitamento mínimo possa vir a ser igual a zero (vg: em áreas de preservação ambiental, ou faixas de servidão de bens e serviços públicos), o que impede afirmar que sempre haverá a obrigação legal de construir algo em terreno urbano. Logo, a despeito do forte componente urbanístico do tema, veiculado, repita-se, principalmente pelo conceito da função social da propriedade, ainda é pertinente falar em “direito de construir”, e não em “direito-dever de construir” em solo urbano.

funções sociais da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes¹⁸¹. O ônus do proprietário advém do dever a todos imposto de prover a função social da propriedade imóvel em solo urbano, vinculando-se o potencial construtivo, desta forma, a uma função urbanística antes mesmo de que seja realizada qualquer edificação na propriedade¹⁸².

De qualquer modo, releva destacar que em qualquer das hipóteses (coeficientes de aproveitamento mínimo, básico ou máximo) não há, *a priori*, uma relação direta entre a propriedade urbana imóvel e o potencial construtivo: é a lei municipal, especialmente o plano diretor, que conforma a propriedade em termos de edificabilidade, tanto no que toca ao coeficiente de aproveitamento básico ou único do terreno, quanto em relação à possibilidade de outorga onerosa de potencial construtivo adicional, seja por comercialização direta ao interessado, seja por intermédio da utilização dos CEPACs.

A possibilidade de edificar em solo urbano, destarte, manifesta-se como algo não ligado à propriedade urbana per si, mas sim como mais um aspecto do planejamento urbanístico, idealizado tendo por objetivo o bem-estar comum. O potencial construtivo dos imóveis urbanos advém diretamente da qualificação urbanística dos terrenos, e somente se configura o direito a edificar, sendo este oponível a todos, inclusive à Administração, com a consolidação da conformação da propriedade veiculada pela diretamente lei urbanística ou pela aquisição de potencial construtivo adicional. Consolidado o potencial construtivo na propriedade urbana imobiliária, este automaticamente é vinculado ao regime jurídico a ela aplicável, inclusive e especialmente no que toca à sua função social.

A lei urbanística acaba por conformar o direito de construir em solo urbano – este é o direito de construir correspondente à propriedade imóvel nas cidades, que não advém da propriedade em si, mas sim de sua qualificação urbanística. O ato de edificar em solo urbano dentro de tais parâmetros representa, assim, o cumprimento do planejamento urbanístico adrede realizado, uma vez que cabe ao plano diretor definir os limites máximos e mínimos a serem atingidos pelos seus coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infraestrutura existente, o

¹⁸¹ O Estatuto da Cidade vincula expressamente a subutilização do imóvel ao aproveitamento inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente (art. 5º, § 1º, I).

¹⁸² Sobre a obrigatoriedade de edificação até o coeficiente de aproveitamento mínimo do lote ressalva-se o exposto no Capítulo anterior (item 5.2.3.2) sobre a transferência do potencial construtivo: o próprio Estatuto da Cidade considera urbanisticamente adequada a não edificação no lote quando houve a transferência de seu potencial construtivo para os fins que especifica.

aumento de densidade esperado em cada área e a função social da propriedade (art. 5º, § 1º, I c/c art. 28, § 3º da Lei 10.257/01).

É preciso assinalar, ainda, que não descaracteriza a autonomia do potencial construtivo o fato de ser atribuído diretamente ao proprietário, no caso do aproveitamento básico do lote. De fato, a criação do potencial construtivo básico, ainda que seja feita concomitantemente com a sua atribuição aos lotes, antecede logicamente a esta. Com efeito, do ponto de vista lógico, primeiro o plano urbanístico reconhece o potencial construtivo que deve ser entendido como disponível, para depois atribuí-lo a cada lote, por intermédio da lei urbanística. Adotando-se a premissa de que a criação do potencial construtivo antecede logicamente à sua incorporação a qualquer lote – o potencial construtivo é uma realidade jurídica, constituído pela lei urbanística – constata-se há um momento em que todo o potencial construtivo destinado ao sítio urbano é independente de qualquer propriedade urbana diretamente relacionada. Assim, edificabilidade não é uma imanência da propriedade, mas uma possibilidade que surge em função dos propósitos urbanísticos definidos no plano, e advinda diretamente de um valor definido pela lei urbanística incidente sobre os terrenos urbanos de acordo com o zoneamento.

Por outro lado, a distribuição do potencial construtivo mediante outorga onerosa, transferência de potencial construtivo ou comercialização de CEPACs, evidencia a sua utilização para fins urbanísticos e demonstra como tal se dará. O volume de área edificável entre os coeficientes básico e máximo de aproveitamento de um terreno, nestes termos, caracteriza-se como mera expectativa de direito por parte dos proprietários, somente obténível preenchidas as condições a tanto.

Portanto, conclui-se ser o potencial construtivo um bem jurídico por excelência, de carácter urbanístico. Trata-se de um bem jurídico instrumental, já que dirigido ao desempenho de uma função pública, correspondente à implementação do plano urbanístico. A positivação do plano urbanístico faz gerar o potencial construtivo e, com ele, sua respectiva proteção jurídica.

6.2 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM CIVIL

A caracterização do potencial construtivo como bem jurídico autônomo, distinto da propriedade, resta ainda mais evidenciada em vista da possibilidade de considerá-lo também um bem civil, ainda que matizado pelos influxos do direito urbanístico.

De fato, os diversos institutos expostos anteriormente mostram que, de acordo com a disciplina do ordenamento jurídico brasileiro, o potencial construtivo também pode ser considerado um bem civil, ou seja, cabe considerá-lo como objeto de uma determinada relação jurídica patrimonial distinta do direito de propriedade.

Neste caso, seria possível também aplicar ao potencial construtivo um conceito mais estrito de bem jurídico, ou seja, como coisa material ou imaterial que tem valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica¹⁸³. Com efeito, uma relação jurídica detém, ao mesmo tempo, um *objeto imediato*, que é a prestação devida pelo sujeito passivo, consistente num ato ou abstenção, e um *objeto mediato*, atinente aos bens jurídicos em disputa¹⁸⁴.

Para ser considerado objeto do direito, o bem precisa reunir os seguintes pressupostos: a) deve ser representados por um objeto capaz de satisfazer um interesse econômico; b) deve ser suscetível de gestão econômica, o que equivale a ter autonomia econômica, constituindo uma entidade distinta, capaz de ser objeto de relações jurídicas próprias; e c) deve ter capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular¹⁸⁵.

O potencial construtivo detém valor econômico, como se pode observar a partir das diversas transações econômicas a ele relativas. Assim, o potencial construtivo pode ser objeto de outorga onerosa, situação em que é alienado mediante uma contrapartida em dinheiro, bem como ser comercializado por meio dos CEPAC em leilão ou mesmo diretamente entre particulares, após sua venda pelo Poder Público.

¹⁸³ DINIZ, *op. cit.*, 2009, p. 535.

¹⁸⁴ *Ibid.*, 2009, p. 535.

¹⁸⁵ DINIZ, *op. cit.*, 2010, p. 23.

Da mesma forma, o potencial construtivo é suscetível de gestão econômica, pois é capaz de ser objeto de relações jurídicas próprias. Tais relações, no que toca ao potencial construtivo, são facilmente detectáveis no atual ordenamento jurídico brasileiro e ocorrem, por exemplo, na aquisição de potencial construtivo adicional por outorga onerosa, na transferência de potencial construtivo e na circulação dos CEPACs, por meio de livre negociação entre seu titular e o possível adquirente.

A última característica dos bens jurídicos, correspondente à capacidade para ser objeto de uma subordinação jurídica ao seu titular, também pode ser desempenhada pelo potencial construtivo. Para CARVALHO PINTO, tal fenômeno pode ser designado “patrimonialização do direito de construir”, e consiste na criação de um direito de propriedade autônomo sobre o direito de construir, transformando-o em objeto distinto do terreno. O fundamento de tal tese é simples: “o termo ‘propriedade’ designa um tipo de relação jurídica que pode ter por objeto qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo, suscetível de valoração econômica. Não se confunde com o conceito de ‘domínio’, que sempre tem por objeto um imóvel”¹⁸⁶.

Segundo o autor, a opção entre considerar o direito de construir uma faculdade inerente ao domínio ou um direito autônomo depende da conformação que o Direito Positivo der à propriedade urbana, admitindo o direito brasileiro a última interpretação, em virtude do princípio da equidistribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização¹⁸⁷.

Essa caracterização do potencial construtivo como bem civil é ainda mais clara no que concerne ao potencial construtivo adicional. Com efeito, o rápido apanhado acerca dos instrumentos correlatos ao instituto do solo criado no Brasil, apresentado no capítulo anterior, revela a importância da utilização de algo que se mostra comercializável e limitado – o potencial construtivo em lotes urbanos. A razão desta limitação é destacada por MARQUES NETO¹⁸⁸,

“Haverá em cada cidade um potencial de, digamos, *solo criável* correspondente à diferença entre o coeficiente de aproveitamento básico estabelecido para cada área dentro da zona urbana (art. 28, § 2º) e o limite máximo passível de ser aproveitado (art. 28, § 3º), este último balizado pela disponibilidade de infraestrutura e o incremento de adensamento alvitado.

¹⁸⁶ CARVALHO PINTO, *op. cit.*, 2010, p. 249.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 249/250.

¹⁸⁸ MARQUES NETO, *op. cit.*, 2006, pp. 235/236.

(...) Em suma, o *solo criado*, como bem em comércio, trata-se também de recursos escasso, cuja alienação pelo Poder Público deverá ser ponderada e criteriosa.”

Observa-se, assim, que o potencial construtivo dos imóveis urbanos caracteriza-se como um bem civil. É possível, desta forma, analisá-lo à luz das classificações tradicionais do direito civil sobre bens jurídicos para destacar algumas de suas características principais. É o que se fará nos parágrafos seguintes.

6.2.1 Potencial Construtivo e a Classificação dos Bens Jurídicos em Públicos e Particulares

Como bem jurídico civil, o potencial construtivo pode ser classificado de diferentes formas, conforme o momento considerado.

O potencial construtivo adicional em abstrato (i.e., não vinculado a um lote) é de domínio público. De acordo com o art. 98 do Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”. Segundo FIGUEIREDO, os bens públicos são todos aqueles, quer corpóreos, quer incorpóreos, portanto móveis, imóveis, semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Tais bens configuram o denominado patrimônio público e se encontram sob o regime de direito público¹⁸⁹.

O Município tem por atribuição constitucional legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I) e executar a política de desenvolvimento urbano, que terá por instrumento básico o plano diretor (art. 182, “caput” e inc. I). Tal política qualifica as diferentes porções de solo urbano, conferindo-lhes diferentes coeficientes de aproveitamento. Com tal medida, a lei urbanística, elaborada em nível municipal, distribui o potencial construtivo entre os diferentes lotes urbanos, conferindo-lhes o atributo da edificabilidade de acordo com o planejamento urbanístico anteriormente entabulado. O Município, ainda, reserva para si um certo volume de potencial construtivo para distribuição mediante outorga onerosa

¹⁸⁹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, 2008, p. 570.

(diretamente aos proprietários ou por intermédio de CEPACs) o que acarreta a conclusão de que o Município tem a disposição deste bem jurídico, disposição esta sempre vinculada aos termos do plano urbanístico anteriormente elaborado. Trata-se originalmente, pois, de um *bem público municipal*.

Estabelecida tal premissa, surge a questão de como classificar este específico bem jurídico municipal.

O Código Civil estatui a classificação dos bens públicos em seu art. 99, distinguindo: (a) os bens de uso comum do povo, destinados ao uso indistinto das pessoas (ruas, mares, praias etc.); (b) os bens de uso especial, caracterizados como edifícios ou terrenos afetados a um serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e (c) os bens dominicais (ou dominiais), que integram o patrimônio do Estado sem afetação pública.

O critério da classificação do diploma civilista é a destinação ou afetação¹⁹⁰ destes bens. Ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que “os da primeira categoria são destinados, por natureza ou por lei, ao uso coletivo; os da segunda ao uso da Administração, para consecução de seus objetivos, como os imóveis onde estão instaladas as repartições públicas, os bens móveis utilizados na realização dos serviços públicos (...); os da terceira não têm destinação pública definida, razão pela qual podem ser aplicados pelo Poder Público para obtenção de renda (...)”¹⁹¹. Segundo a autora, do ponto de vista jurídico, é possível dividir estas modalidades de bens públicos arroladas pelo Código Civil em duas categorias: os bens de domínio público do Estado, abrangendo os bens de uso comum e de uso especial, e os bens de domínio privado do Estado, correspondentes aos bens dominicais¹⁹². Os bens de domínio público do Estado, ainda segundo DI PIETRO, são “o conjunto de coisas móveis e imóveis de que é detentora a Administração, afetados quer ao seu próprio uso, quer ao uso direto ou indireto da coletividade, submetidos a regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum”¹⁹³.

O diploma civil estabelece, ainda, a regra de que “bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua

¹⁹⁰ A afetação é a preposição de um bem a um dado destino categorial de uso comum ou especial (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, 2009, p. 905).

¹⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 667.

¹⁹² *Ibid.*, 2008, pp. 667/668.

¹⁹³ DI PIETRO, *op. cit.*, 2008, p. 669.

qualificação, na forma que a lei determinar” (art. 100 do Código Civil), sendo certo que “bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei” (art. 101 do Código Civil). Assim, tanto a afetação quanto a destinação do bem público à categoria dominial acabam por revelar o interesse público considerado em tal medida.

Apresentadas os conceitos que norteiam tal classificação, convém aplicá-la ao potencial construtivo, na condição de bem público municipal. Para tanto, é preciso inicialmente apontar que o potencial construtivo não perde, em momento algum, sua função urbanística. Isso não significa, entretanto, que tal bem esteja afetado, nos termos propostos pela classificação do Código Civil, a um uso comum ou especial, para os quais é vedada expressamente a comercialização. Como já salientado em diversas ocasiões neste estudo, o potencial construtivo é comercializável pelo Poder Público, diretamente aos proprietários de lotes urbanos, pela outorga onerosa do potencial construtivo, ou por intermédio dos CEPACs – de apontar-se que, no caso das operações urbanas consorciadas, o potencial construtivo representado nos CEPACs, antes de sair da titularidade do Município, possui nítido caráter de bem público classificável como dominical pelo Código Civil.

O potencial construtivo pode ser adquirido por uma pessoa jurídica de direito público, situação em que manterá a natureza de bem público. Todavia, a regra é que, com sua alienação a um particular – seja por intermédio de outorga onerosa de direito de construir, seja por venda de CEPAC –, o potencial construtivo passa à condição de bem privado. Com efeito, o Código Civil, no já apontado art. 98, determina que são bens particulares todos aqueles que não forem de domínio das pessoas jurídicas de direito público interno. Dessa maneira, assim que alienado a um particular, o potencial construtivo perde a condição de bem público e passa à categoria de bem privado.

6.2.2 O Potencial Construtivo e sua Classificação Jurídica como Bem Incorpóreo e Principal

De acordo com a doutrina civil, os bens corpóreos são coisas que têm existência material, como uma casa ou um terreno. Os bens incorpóreos, por seu

turno, são os que não têm existência tangível, mas são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, sobre os produtos do intelecto ou sobre outra pessoa, apresentando valor econômico. São os direitos reais, obrigacionais e autorais¹⁹⁴.

O potencial construtivo apresenta-se como um bem incorpóreo, haja vista não deter existência tangível, tendo por referência um direito conferível ao proprietário de imóvel urbano de edificar em seu lote. Não se confunde, assim, a edificação realizada com a possibilidade jurídica, em tese considerada, de edificar em solo urbano¹⁹⁵.

Os bens jurídicos são também classificáveis, reciprocamente considerados, em principais e acessórios. Os bens jurídicos principais são os que existem por si, exercendo sua função e finalidade independentemente de outra, sendo os acessórios aqueles que supõem, para existir juridicamente, um bem principal¹⁹⁶.

De acordo com o *iter* percorrido pelo potencial construtivo, é possível constatar que ele, além de bem jurídico autônomo, pode ser considerado um bem principal. Com efeito, o potencial construtivo tem existência jurídica própria, não constituindo um simples acessório de outros direitos. Em vista das várias possíveis relações jurídicas de que pode ser objeto, o potencial construtivo é capaz de exercer sua função econômica, como bem civil, independentemente de qualquer outro bem. Sob a ótica civil, tal significa que o potencial construtivo não depende de outro bem para que possa existir como bem jurídico, podendo ser o objeto de negócios jurídicos sem necessitar de um outro bem, identificável como um bem principal, para tanto. Desta forma, o potencial construtivo exerce sua função econômica independentemente de qualquer outro bem, caracterizando-se plenamente como bem jurídico principal.

O potencial construtivo contido nos CEPACs emitidos no âmbito de uma operação urbana consorciada acabam por deixar ainda mais evidente tal assertiva: por expressa disposição legal, tais títulos representam uma quantidade determinada de potencial adicional de construção não vinculados a um imóvel urbano específico.

¹⁹⁴ DINIZ, *op. cit.*, 2009, p. 535.

¹⁹⁵ De observar-se, *a latere*, que no caso dos CEPACs, emitidos no âmbito de uma operação urbana consorciada, é possível identificar um caráter corpóreo, correspondente ao próprio título mobiliário, que apresenta uma materialidade física. Observe-se, contudo, que se trata de duas realidades jurídicas distintas: o potencial construtivo, contido no CEPAC e o próprio título mobiliário, que constitui o instrumento para viabilizar os diversos negócios jurídicos pertinentes.

¹⁹⁶ DINIZ, *op. cit.*, 2009, p. 536.

Neste caso, como visto, o Poder Público pode emitir tais certificados, a serem utilizados na área da operação urbana, obedecendo-se o limite máximo de aproveitamento do lote, estabelecido por esta mesma operação ou definido pelo plano diretor. Tais títulos são negociáveis em bolsa, adquiríveis por interessados em uma operação de venda e compra. Nessa condição, o potencial pode ser objeto das diversas transações jurídicas, sempre na condição de bem jurídico principal.

Quando o potencial construtivo resta vinculado a um determinado lote, ele passa a ter o caráter de bem acessório. Tal vinculação, como asseverado, é originalmente realizada pela lei urbanística, ou ocorre pela utilização de potencial construtivo adicional (por outorga onerosa, transferência de potencial construtivo ou CEPAC). Há, neste caso, uma espécie de acessão à propriedade em virtude da incorporação do bem jurídico potencial construtivo que é vinculado ao lote¹⁹⁷.

Observa-se, assim, o *iter* percorrido pelo potencial construtivo: de bem não reconhecido pelo sistema jurídico, em momento anterior ao planejamento urbanístico, ao plano urbano e à lei urbanística, para bem público reconhecido juridicamente como bem público a ser distribuído pelo espaço urbano por intermédio do zoneamento ou comercializável segundo disposições legais (potencial construtivo adicional e CEPAC). A sua vinculação a um determinado lote pela lei urbanística e a comercialização pelo Poder Público o transforma de bem público em bem particular, e o incorpora à propriedade urbanística.

¹⁹⁷ A “acessão” (art. 1.248 do Código Civil) é um modo de aquisição da propriedade, pelo qual pertence ao proprietário tudo o que se une o incorpora ao bem, isto é, caracteriza-se por ser o direito em razão do qual o proprietário de um bem passa a adquirir o domínio de tudo aquilo que a ele adere (DINIZ, *op. cit.*, 2010, p. 137). Esta incorporação à propriedade pode ser natural (quando resultante de evento natural) ou artificial (quando surgida de ato consciente praticado pelo ser humano). A lei urbanística qualifica a propriedade urbana, atribuindo-lhe tal direito de construir – logo, o potencial construtivo originalmente conferido à tal propriedade urbanística até o seu coeficiente básico não pode ser qualificado como acessão pelo simples motivo de que não há que se falar em incorporação de algo a um bem ainda não definido, isto é, não conformado juridicamente em todos os seus elementos. A aquisição de potencial construtivo adicional por outorga onerosa de direito de construir ou CEPAC, por sua vez, a partir do momento em que tal potencial construtivo adicional é efetivamente vinculado a um lote específico, caracteriza o instituto civil.

6.3 POTENCIAL CONSTRUTIVO COMO BEM JURÍDICO SOCIOAMBIENTAL E O DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS

6.3.1 Bem Ambiental

A partir do reconhecimento da especial condição jurídica dos elementos componentes do meio ambiente, a partir de sua tutela em nível constitucional, surge o conceito de “bem ambiental”. Para RUI CARVALHO PIVA¹⁹⁸,

“Bem ambiental é um valor difuso, imaterial ou material, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental. Trata-se de um bem protegido por um direito que visa assegurar um interesse transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Se é um bem de uso comum, não há titularidade plena, pois o uso não é individual, mas de todos”.

Há, segundo a doutrina, a necessidade de preservação de todos os elementos componentes do meio ambiente saudável, em busca do bem maior “sadia qualidade de vida”, expresso na Constituição Federal. Para DA SILVA, a declaração do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado do art. 225 da Carta Magna destaca a importância de garantir-se o direito meio ambiente qualificado, à qualidade satisfatória de vida, ao equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade, explica, se converteu em um bem jurídico¹⁹⁹. Anota o apontado mestre, ainda, que²⁰⁰

“(…) de um modo geral, pode-se dizer que tudo isso significa que esses atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertencam a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade.”

No dizer de ÉDIS MILARÉ, tal constatação significa que “mesmo que o proprietário possa dispor desse bem no modo e na medida em que lhe faculta a lei,

¹⁹⁸ PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 114.

¹⁹⁹ DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 83/84.

²⁰⁰ *Ibid.*, 2009, p. 84

jamais poderá “dispor” de sua qualidade intrínseca e de uso, a qual já não lhe pertence por ser constitucionalmente reservada para o bem-estar das presentes e futuras gerações”²⁰¹.

Os bens ambientais, por evidência, não se referem somente ao meio ambiente natural, mas ao meio ambiente construído pelo Homem, ou seja, o meio ambiente artificial. Verifica-se, neste ponto, o contato entre o direito urbanístico e o direito ambiental. O direito urbanístico objetivo é o conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem e à comunidade²⁰², e o direito do ambiente é o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando a sustentabilidade para as presentes e futuras gerações²⁰³. A despeito da diferença do objeto imediato da tutela jurídica das disciplinas, ambas comungam quanto à finalidade mediata de seus comandos: a melhoria da qualidade de vida do ser humano²⁰⁴.

6.3.2 Potencial Construtivo como Bem Socioambiental

Do reconhecimento do conceito de bem ambiental e de sua relevância para a sociedade, ambos aplicáveis ao meio ambiente urbano, exsurge a questão de como conciliar o interesse econômico da exploração da propriedade particular pelos seus proprietários com o interesse social na preservação e defesa dos bens ambientais.

De lembrar-se, neste ponto, que a ordem econômica tem por princípios constitucionais tanto propriedade privada quanto sua função social, combinados com a defesa do meio ambiente, que exige, inclusive, tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (art. 170, incs. II, III e VI). É preciso considerar que “a noção

²⁰¹ MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente, a gestão ambiental em foco**. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 210.

²⁰² DA SILVA, *op. cit.*, 2008, p. 49.

²⁰³ MILARÉ, *op. cit.*, 2009, p. 815.

²⁰⁴ Neste sentido, SALAZAR JUNIOR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a Tutela do Meio Ambiente urbano *in* DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coordenadores). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007. p.168.

de cumprimento da função social da propriedade privada, na seara econômica, implica a observância dos fins da ordem econômica (propiciar dignidade a todos, segundo os ditames da justiça social) em relação aos interesses que se articulam em torno de cada atividade econômica específica”²⁰⁵. Da mesma forma, é preciso relembrar que “a proteção ao meio ambiente deve estar aliada ao progresso econômico, e vice-versa, constituindo, por esse caminho, a noção do chamado desenvolvimento sustentável”²⁰⁶.

No entendimento de PATRYCK DE ARAÚJO AYALA²⁰⁷,

“A obrigação de defesa do meio ambiente e a função social *condicionam* a forma de valoração dos bens para a finalidade de apropriação. Definem uma nova modalidade de apropriação dos bens, que complementa o sentido econômico, fazendo com que seja integrada a dimensão econômica a uma dimensão que poderia ser chamada de dimensão de *apropriação social*. Nessa perspectiva, qualquer relação de apropriação deve permitir o cumprimento de duas funções distintas: uma individual (dimensão econômica da propriedade) e uma coletiva (dimensão socioambiental da propriedade).”

Importa relembrar, neste momento, que todos os bens materialmente considerados, sejam ambientais ou não, são públicos ou privados²⁰⁸. Ocorre que os bens ambientais, conforme ensina CARLOS FIGUEIREDO MARÉS DE SOUZA FILHO, independentemente de serem classificados como públicos ou privados, revestem-se de um interesse que os faz terem um caráter público diferente. Os direitos sobre tais bens, sejam de propriedade pública ou particular, são exercidos com limitações e restrições, tendo em vista o interesse público, coletivo ou difuso nela existente. Tal relação de direito entre tais bens com o Estado e os particulares vem dando margem à idealização de uma nova categoria de bens, denominada “bens de interesse público”, ou “bens socioambientais”²⁰⁹.

Ensina SOUZA FILHO, ainda, que sobre estes bens nasce um novo direito, que se sobrepõe ao antigo direito já existente, sendo certo que “o bem como que se

²⁰⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 470.

²⁰⁶ ARAUJO, *op. cit.*, 2008, p. 472.

²⁰⁷ AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira in **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Org. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MORATTO Leite, José Rubens. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 265.

²⁰⁸ Como visto, o bem jurídico “potencial construtivo”, nesta classificação, pode ser tanto público como privado, a depender dos fatores já expostos.

²⁰⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed., ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011. pp. 22/23.

divide em um lado material, físico, que pode ser aproveitado pelo exercício de um direito individual, e outro, imaterial, que é aproveitado por toda a coletividade, de forma difusa, que passa a ter direitos ou no mínimo interesse sobre ela. Como estas partes ou lados são inseparáveis, os direitos ou interesses coletivos sobre uma delas necessariamente se comunicam à outra”²¹⁰.

O centro da limitação jurídica que os direitos coletivos impõem aos individuais, por sua vez, não está no “como ter”, “como usar”, “como fruir”, mas no “como evitar que se deteriore”. Interessante notar que, se sob o aspecto do proprietário particular a prevenção da deterioração do bem tutelado é o limite do direito subjetivo advindo da propriedade, do ponto de vista coletivo o limite do direito é a preservação do bem, isto é, a álea de liberdade de atuação do particular é preservada desde que respeitado tais limites, sob pena de expropriação indenizável.

Surge, assim, esta nova modalidade de classificação para os bens jurídicos de grande importância para a coletividade. No conceito de bens socioambientais se inserem tanto os bens pertencentes a entidades públicas sujeitas a regime publicístico, como os bens dos sujeitos privados, todos subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público²¹¹.

O potencial construtivo em solo urbano insere-se nesta categoria de bens jurídicos. É claro que o seu reconhecimento como bem jurídico socioambiental não altera quaisquer outros elementos de caracterização, agregando-se à sua natureza jurídica esta especial característica. Como bem civil, o potencial construtivo pode ser público ou privado, mas sua caracterização como bem socioambiental traz consequências jurídicas bastante relevantes.

Com efeito, a caracterização do bem jurídico como bem socioambiental impõe-lhe um regime jurídico diferenciado sem que seja importante a sua titularidade – e o potencial construtivo terá especial regência no que toca aos requisitos e condições de sua criação, bem como no que se refere à sua distribuição aos lotes urbanos e, finalmente, à sua utilização, independentemente de sua titularidade. A peculiaridade de tal regência se deve à sua função social diferenciada, bem como à conjugação dos direitos dos proprietários do solo urbano com os direitos da coletividade em sua utilização. A sua classificação como bem

²¹⁰ SOUZA FILHO, *op. cit.*, 2011, p. 23.

²¹¹ *Ibid.*, 2011, p. 24.

socioambiental, por fim, permite ultrapassar as perplexidades advindas de sua classificação utilizando-se os critérios clássicos extraídos do direito civil.

6.3.3 O Potencial Construtivo como instrumento da sustentabilidade urbana

O potencial construtivo detém relevante função social, ocupando papel central no controle da distribuição de cargas urbanísticas, assim identificadas como os impactos causados pela interferência humana na cidade. Em outros termos, como também demonstrado, o direito de edificar é informado pela função social da propriedade, que só será efetivamente cumprida quando do atendimento das exigências fundamentais de ordenação da cidade trazidas no plano diretor. Tal constatação evidencia, sem sombra de dúvida, que a função social da propriedade urbana está diretamente vinculada às funções sociais da própria cidade²¹². O direito à fruição das funções sociais da cidade, por sua vez, integra o direito às cidades sustentáveis, positivado no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, que é, como visto, pilar da defesa do meio ambiente urbano e do próprio direito à cidade.

Nos dias de hoje, em nosso país, edificar em solo urbano é atividade vinculada a um sistema de planejamento que, sem descuidar de preservar situações jurídicas individualmente protegidas, privilegia os direitos da coletividade, em busca da cidade socialmente equilibrada e da promoção do meio ambiente urbano. Relevante parcela da tarefa de promoção das cidades sustentáveis conferida ao urbanismo e ao direito urbanístico é atribuível ao bem jurídico potencial construtivo em virtude de sua caracterização como bem socioambiental. Devidamente qualificado o solo urbano pela lei urbanística, servirá o potencial construtivo, seja de

²¹² O Supremo Tribunal Federal tem julgamento paradigmático sobre o tema, assim ementado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I. - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - R.E. não conhecido”. RE nº 178.836/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 20/8/99, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28178836.NUME.+OU+178836.AC.MS.%29&base=baseAcordaos> (acesso em 30/07/2011).

titularidade pública ou privada, como elemento decisivo na defesa e construção do meio ambiente urbano, tendo como principal escopo a execução do plano urbanístico positivado pelo plano diretor.

Nestes termos, a autorização administrativa para a edificação vincula-se à avaliação do impacto urbanístico de qualquer empreendimento imobiliário. Tal autorização, em regra, é implícita na legislação urbanística de regência. Ao criar um potencial construtivo adicional para as zonas de uso que define, o plano diretor reconhece, de uma só vez, que o planejamento urbanístico realizado concluiu ser possível edificar-se até determinado volume nos espaços urbanos que delimita, e autoriza a utilização de potencial construtivo adicional a tanto, seja por outorga onerosa, seja pela transferência de potencial construtivo de outros lotes. Da mesma forma, a operação urbana consorciada terá um estudo específico que estipulará os limites de aproveitamento do solo urbano no interior de seu perímetro, podendo ser utilizados os CEPACs para atingir-se o coeficiente máximo previsto.

Tais autorizações genéricas, entretanto, não elidem a aplicação da regra da exigência do estudo de impacto de vizinhança para os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal (arts. 36 a 38 da Lei 10.257/01).

Segundo tais regras, a expedição de licença ou autorização para a execução de empreendimentos de importante impacto ambiental, assim relacionados pela lei municipal, é vinculada à realização de um estudo que contemple os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades. Em outros termos, a permissão para execução de determinados empreendimentos será dependente da avaliação e possibilidade de mitigação dos seus impactos urbanísticos na cidade. Devem ser ponderados neste estudo questões como adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, geração de tráfego e demanda por transporte público, paisagem urbana e patrimônio natural e cultural etc.

É de anotar-se, ainda, que o texto legal autoriza a leitura de que é possível até mesmo a denegação de licença ou autorização urbanística mesmo se o potencial construtivo a utilizar na edificação esteja dentro do limite reconhecido pela lei ao lote urbano, de forma direta e gratuita (potencial construtivo básico). De fato,

tendo em vista que o EIV tem por objeto mediato avaliar os efeitos advindos do empreendimento ou atividade realizados por intermédio do ato de outorga, é de se concluir que tais efeitos possam ser negativos ou positivos aos direitos e interesses da vizinhança. Caso os efeitos sejam negativos, o governo municipal não permitirá o empreendimento – tal é a caracterização do EIV como forma de limitação administrativa que materializa instrumento de política urbana para o desenvolvimento social da cidade²¹³. Em outras palavras, a função ambiental do potencial construtivo é tal que mesmo a utilização do coeficiente de aproveitamento básico do lote é sujeita à avaliação ambiental, dentro de determinadas condições²¹⁴.

Outro aspecto que ilustra a condição do potencial construtivo como bem socioambiental diz respeito ao conceito jurídico de “estoque”, adotado pelas disposições do Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. O estoque é definido como o limite do potencial construtivo adicional estabelecido para as zonas de uso em geral, áreas de operação urbana ou de projetos estratégicos ou seus setores, passível de ser adquirido mediante outorga onerosa ou por outro mecanismo previsto em lei (art. 146, XII da Lei Municipal de São Paulo nº 13.430/02).

Tais estoques são estabelecidos pela lei urbanística, sendo calculados e periodicamente reavaliados em função da capacidade do sistema de circulação, da infraestrutura disponível, das limitações ambientais e das políticas de desenvolvimento urbano, podendo ser diferenciados por uso residencial e não residencial (art. 212, § 1º da Lei Municipal de São Paulo nº 13.430/02). Caso esgotado o estoque da área (em São Paulo, “estoque do distrito”), não será possível construir-se acima do coeficiente básico de aproveitamento, ainda que, em tese, a lei de zoneamento facultasse tal possibilidade aos proprietários de lotes.

²¹³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, 2009, p. 248.

²¹⁴ Observe-se, *a latere*, que neste ponto o direito urbanístico abre mais um campo de discussão acerca dos antigos paradigmas do direito: a licença é considerada, pela doutrina tradicional do direito administrativo um ato vinculado. Tal equivale a dizer que, preenchidas as condições objetivamente necessárias à sua expedição, não poderia o Poder Público adotar qualquer outra postura senão a de expedir a autorização para a execução do empreendimento. O Estatuto da Cidade, pelo seu texto, condiciona a expedição da licença para empreendimentos que tenham relevante impacto urbanístico a fatores que, embora aferíveis objetivamente, podem permitir certa subjetividade valorativa no momento de decisão da Administração, isto é, é possível a denegação de licença edilícia por razões de, por exemplo, excessivo adensamento de região tendo por fundamentos o direito à cidade sustentável e a função pública urbanística. De qualquer forma, importa ressaltar que o texto da Lei n. 10.257/01 fala em “licenças ou autorizações” do Poder Público para a realização do empreendimento, sendo certo que as autorizações não têm doutrinariamente a característica de serem atos administrativos vinculados.

Releva destacar, neste aspecto, que ainda que a lei municipal preveja, em tese, a possibilidade de edificar acima do coeficiente de aproveitamento básico, a inexistência de estoque de potencial construtivo para a zona ou distrito em que se encontra o lote impede a utilização de potencial construtivo adicional no local. O fundamento de tal negativa é a manutenção do meio ambiente urbano, na busca da cidade sustentável: se o estoque representa a capacidade de suporte urbanístico do distrito, o esgotamento dos metros quadrados de potencial construtivo adicional nele previstos impossibilita a utilização de potencial construtivo adicional no local.

Com efeito, a importância do equilíbrio urbanístico tem como um de seus principais elementos o controle do adensamento urbano. Tal adensamento, por seu turno, é diretamente relacionado com o uso da propriedade, que tem sua conformação dada por lei. A lei urbanística, na busca das cidades sustentáveis, seu vetor de atuação, qualifica o solo urbano, especialmente definindo diferentes índices de edificabilidade para o território da cidade. O potencial construtivo, assim, mais uma vez evidencia-se como bem de interesse público, ou bem socioambiental, sendo imprescindível para a promoção do meio ambiente urbano e das cidades sustentáveis.

CONCLUSÃO

Dentre os objetivos da República Federativa do Brasil estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem geral (art. 3º da Constituição Federal).

Para a conquista de tais objetivos, é essencial que o ordenamento jurídico brasileiro, que tem por pretensão regular juridicamente um país urbano, compreenda e assimile a crescente complexidade da vida moderna. É preciso que o Direito crie novos institutos e instrumentos jurídicos e adapte os já existentes, com a finalidade de proporcionar à sociedade condições de desenvolvimento de acordo com os paradigmas constitucionalmente estabelecidos.

Nestes termos, este trabalho iniciou-se com o estudo do urbanismo e dos conceitos de direito urbanístico e direito à cidade ora vigentes em nosso país, que atestam e identificam tal movimento de transformação do direito brasileiro. A análise aprofundada dos fundamentos do direito urbanístico no Brasil e de seus temas fundamentais, por sua vez, foi capaz de trazer a lume a constatação de que o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu-se a partir de uma clara determinação constitucional: é preciso ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, na busca da garantia das cidades sustentáveis para as presentes e futuras gerações.

Para mais bem ilustrar e compreender como o ordenamento jurídico brasileiro atende a tais princípios constitucionais, diretrizes de atuação do poder público na busca das cidades sustentáveis, colacionou este trabalho exposição sobre a teoria da Hipótese Legal de Engisch, com privilégio da visão objetivista do Direito. Também se dissertou acerca da atualização normativa dos textos constitucionais e legais por mudanças de fato e de valor advindas do corpo da sociedade que regula, fator de extrema relevância para a sua adaptação e, conseqüentemente, para a manutenção de sua eficácia jurídica.

Com tais elementos, foi possível abordar o tema da propriedade vista sob a perspectiva urbanística, com o estudo do seu significado e conteúdo, extraído a partir do texto constitucional e definido pelo ordenamento jurídico dele decorrente. Investigaram-se também os fenômenos da constitucionalização e publicização do

direito civil e o da função social da propriedade, e o resultado destes na conformação final da propriedade urbanística em nosso país.

A partir de tal momento, mostrou-se possível dissertar sobre a edificabilidade em solo urbano. Conclui o estudo que o ato de edificar em lotes urbanos representa um aspecto do planejamento urbanístico. Negando-se a inerência da faculdade de edificar à propriedade pela simples condição do domínio – tese da doutrina civilista clássica, entendida como não mais sustentável em face do ordenamento jurídico brasileiro –, evidenciou-se o caráter difuso do direito à cidade sustentável, deslocando-se a discussão sobre as construções no sítio urbano ao seu campo próprio: o direito urbanístico. O estudo da edificabilidade no solo urbano deu ensejo à investigação acerca do instituto do solo criado, e dos principais instrumentos pertinentes presentes no Estatuto da Cidade.

Finalmente, tratou este trabalho de estudar o potencial construtivo em solo urbano. Este, concluiu-se, nos termos do ordenamento jurídico ora vigente, deve ser reconhecido como um bem jurídico autônomo, com dimensões próprias sob os aspectos urbanístico, civil e ambiental. Tal potencial construtivo integra a propriedade urbanística, conformando-a, sendo certo que a edificabilidade a ela correspondente vincula-se ao plano urbanístico elaborado pelo Poder Público. A constatação de que o potencial construtivo é também um bem socioambiental mostrou-se imprescindível para a conclusão de que este exerce sua função como instrumento de desenvolvimento urbano sustentável, fim maior da política de desenvolvimento urbano alinhavada na Constituição Federal e veiculada pelo Estatuto da Cidade.

Em síntese, é preciso assinalar que temas como propriedade, edificabilidade em lotes urbanos, limites do planejamento urbanístico e funções do Poder Público, são, nos dias de hoje, objeto de renovado interesse. O crescimento das cidades, bem como as consequências de tal fato advindas em termos ambientais e sociais, impulsiona os estudiosos de diversos campos do conhecimento na busca da compreensão de tal fenômeno, para que seja possível apresentar soluções às grandes questões advindas da urbanização.

Também o Direito, como se expôs no presente estudo, sofre a influência de tal impulso. A valorização do planejamento urbanístico, que tem como resultado o plano urbano positivado pela lei urbanística, representa a síntese de um processo de evolução do ordenamento jurídico como um todo. Com efeito, o plano urbanístico

apresenta-se como verdadeira ponte entre o direito urbanístico e o direito ambiental, representando a ligação axiológica entre estes dois ramos do direito. O bem-estar comum, o direito às cidades sustentáveis, as funções sociais do meio ambiente urbano, todos estes são valores de atuação comuns que terão, na efetiva implantação do plano urbano, o instrumento propício para sua realização. Para a efetiva implantação do plano urbano, como visto, é imprescindível o reconhecimento da função pública da distribuição do bem jurídico autônomo potencial construtivo, que integrará a confirmação da propriedade urbanística e trará como faculdade a edificabilidade em solo urbano permitida pela lei urbanística. A aceitação desta nova realidade jurídica, abandonando-se conceitos e premissas não mais albergadas no estatuto constitucional brasileiro, integra e promove a busca das cidades sustentáveis para as presentes e futuras gerações.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do Solo Criado - Outorga Onerosa do Direito de Construir**: instrumento de tributação para ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Plano Diretor e Estatuto da Cidade** – Medidas Cautelares e Moratórias Urbanísticas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARIMATEA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade** – limitações e restrições públicas. Franca: Lemos e Cruz, 2003.

AYALA, Patryck de Araújo. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira *in* **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. Org. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MORATTO Leite, José Rubens. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 265.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed., 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, v. 20, n. 84, out/dez 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed., revista. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil, in TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

BATISTELA, Marcos Geraldo. Operações urbanas consorciadas *in* DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coordenadores.). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BOBBIO, Norberto. Legalidade, *in* BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 2, 13. ed., tradução de Carmen C., Varriale et. al. Brasília: UNB, 2009.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 2, 13. ed., tradução de Carmen C., Varriale et. al. Brasília: UNB, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ação Civil Pública e Estatuto da Cidade *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 405.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MORATTO LEITE, José Rubens (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A Propriedade Privada Urbana Obriga?**. São Paulo: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**, 3. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO PINTO, Victor. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**, 2. ed., revista e atualizada. São Paulo: Revistados Tribunais, 2010.

_____. **Regime Jurídico do Plano Diretor**. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/artigos/politicasocial/RegimeJuridicoPlanoDiretor.pdf>. Acesso em 03/08/2.011.

CORREIA, Fernando Alves. **Manual de Direito do Urbanismo**, v. 1 – 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 273.

DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 83/84.

DABUS MALUF, Adriana Caldas Do Rego Freitas. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores) **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001), 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. **Competências na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. v. II., 2. ed. Forense: Rio de Janeiro e São Paulo, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 667.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. **Elementos de Direito Urbanístico**. Manole: São Paulo, 2004.

_____. *O 5º Fórum Mundial, o Direito Urbanístico e outras considerações*. Disponível em: <http://www.imda.com.br/conteudo.php?p=artigos>, acesso em 22/02/2011.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro 2**. Teoria Geral das Obrigações, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro 4**. Direito das Coisas, 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito à Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada até a EC nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Disciplina Urbanística da Propriedade**, 2. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2005.

HUMBERT, George Louis Hage. **O Direito urbanístico e a função socioambiental da propriedade urbana**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. v. 1. Parte Geral, 27. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito, teoria do direito, dogmática jurídica, *in* KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LAPORTA, Francisco J. (org) "**Constitución: Problemas Filosóficos**", Madrid: Editora do Centro de Estudios Políticos y Constitucionales do Ministério de La Presidencia, Secretaria General Técnica, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LEFEBVRE, Henry. **O Direito à Cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2008.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Constitucionalização do Direito Civil Brasileiro *in* TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/507>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação urbana consorciada, *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Renovar: São Paulo/Rio de Janeiro, 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga onerosa do direito de construir *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001). DALLARI, Adilson Abreu e Ferraz, SÉRGIO (coordenadores). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 242/243.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 17. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes Gerais *in* MEDAUAR, Odete e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Estatuto da Cidade**. (Comentários à Lei Federal 10.257/2001), 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Estudos e Pareceres de Direito Público** – v. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente, a gestão ambiental em foco**. 6. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOTA, Maurício (org.). **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito Urbano-Ambiental Brasileiro**. 2. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Dialética, 2002.

PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RYBCZYNSKI, WITOLD. **Vida nas Cidades**: expectativas urbanas no novo mundo (tradução de Beatriz Horta). São Paulo/Rio de Janeiro: Record, 1996.

SALAZAR JUNIOR, João Roberto. O Direito Urbanístico e a Tutela do Meio Ambiente urbano *in* DALLARI, Adilson Abreu e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coordenadores). **Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito Urbanístico**: vias jurídicas das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. v. IV: Direitos Reais, revista e atualizada por Carlos Edison do Rego Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Curso de Direito Constitucional Positivo, 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Direito Ambiental Constitucional, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e sua Proteção Jurídica**. 3. ed., ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. “O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais”, *in* **Estatuto da Cidade** (Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001).

TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

TOBA, Marcos Maurício. Dos instrumentos da política urbana *in* **Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários**. MEDAUAR, Odete e MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias (coord.), 2. ed., revista, atualizada, e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 237/238.

TORRES, Marcos Alcino. Impacto das novas idéias na dogmática do direito de propriedade *in* MOTA, Maurício (org.). **Transformações do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 89/95.

VENOSA, Silvio De Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

VILA, Maria Iglesias. Los Conceptos Esencialmente Controvertidos en la Interpretación Constitucional, *in* “**Constitución: Problemas Filosóficos**”, org. LAPORTA, Francisco J. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales do Ministério de La Presidencia, Secretaria General Técnica, 2003, p. 255.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHIFFER, Sueli Ramos (org.) **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: EdUSP, 1999.

ANEXOS

1 CARTA DE EMBU

"Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades urbanas;

Considerando que a competição por esses locais tende a elevar o preço dos terrenos e a aumentar a densidade das áreas construídas;

Considerando que a moderna tecnologia da construção civil permite intensificar a utilização dos terrenos, multiplicando o número de pavimentos pela ocupação do espaço aéreo ou do subsolo;

Considerando que esta intensificação sobrecarrega toda a infra estrutura urbana, a saber, a capacidade das vias, das redes de água, esgoto e energia elétrica, bem assim a dos equipamentos sociais, tais como, escolas, áreas verdes etc.;

Considerando que essa tecnologia vem ao encontro dos desejos de multiplicar a utilização dos locais de maior demanda, e, por assim dizer, permite a criação de solo novo, ou seja, de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre solo natural;

Considerando que a legislação de uso do solo procura limitar este adensamento, diferenciadamente para cada zona, no interesse da comunidade;

Considerando que um dos efeitos colaterais dessa legislação é o de valorizar diferentemente os imóveis, em consequência de sua capacidade legal de comportar área edificada, gerando situações de injustiça;

Considerando que o direito de propriedade, assegurado na Constituição, é condicionado pelo princípio da função social da propriedade, não devendo, assim, exceder determinada extensão de uso e disposição, cujo volume é definido segundo a relevância do interesse social;

Admite-se que, assim como o loteador é obrigado a entregar ao poder público áreas destinadas ao sistema viário, equipamentos públicos e lazer, igualmente, o criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional, e

Conclui se que:

1. É constitucional a fixação, pelo município, de um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos.

1.1 A fixação desse coeficiente não interfere com a competência municipal para estabelecer índices diversos de utilização dos terrenos, tal como já se faz, mediante legislação de zoneamento.

1.2 Toda edificação acima do coeficiente único é considerada solo criado, quer envolva ocupação de espaço aéreo, quer a de subsolo.

2. É constitucional exigir, na forma da lei municipal, como condição de criação de solo, que o interessado entregue ao poder público áreas proporcionais ao solo criado; quando impossível a oferta destas áreas, por inexistentes ou por não atenderem às condições legais para tanto requeridas, é admissível sua substituição pelo equivalente econômico.

2.1 O proprietário de imóvel sujeito a limitações administrativas, que impeçam a plena utilização do coeficiente único de edificação, poderá alienar a parcela não utilizável do direito de construir.

2.2 No caso do imóvel tombado, o proprietário poderá alienar o direito de construir correspondente à área edificada ou ao coeficiente único de edificação.

2 CARTA MUNDIAL DO DIREITO À CIDADE

Fórum Social das Américas – Quito – Julho 2004

Fórum Mundial Urbano – Barcelona – Setembro 2004

V Fórum Social Mundial – Porto Alegre – Janeiro 2005

PREÂMBULO

Iniciamos este novo milênio com a metade da população vivendo nas cidades, segundo as previsões, em 2050 a taxa de urbanização no mundo chegará a 65%. As cidades são, potencialmente, territórios com grande riqueza e diversidade econômica, ambiental, política e cultural. O modo de vida urbano interfere diretamente sobre o modo em que estabelecemos vínculos com nossos semelhantes e com o território. Entretanto, no sentido contrário a tais potenciais, os modelos de desenvolvimento implementados na maioria dos países do terceiro mundo se caracterizam por estabelecer padrões de concentração de renda e de poder assim como processos acelerados de urbanização que contribuem para a depredação do meio ambiente e para a privatização do espaço público, gerando empobrecimento, exclusão e segregação social e espacial.

As cidades estão distantes de oferecerem condições e oportunidades equitativas aos seus habitantes. A população urbana, em sua maioria, está privada ou limitada – em virtude de suas características sociais, culturais, étnicas, de gênero e idade – de satisfazer suas necessidades básicas. Este contexto favorece o surgimento de lutas urbanas representativas, ainda que fragmentadas e incapazes de produzir mudanças significativas no modelo de desenvolvimento vigente.

Frente a esta realidade, as entidades da sociedade civil reunidas desde el Fórum Social Mundial de 2001, discutiram, debateram e assumiram o desafio de

construir um modelo sustentável de sociedade e vida urbana, baseado nos princípios da solidariedade, da liberdade, da igualdade, da dignidade e da justiça social. Um de seus fundamentos deve ser o respeito às diferenças culturais urbanas e o equilíbrio entre o urbano e o rural.

A partir do I Fórum Social Mundial na cidade de Porto Alegre, um conjunto de movimentos populares, organizações não governamentais, associação de profissionais, fóruns e redes nacionais e internacionais da sociedade civil comprometidas com as lutas sociais por cidades mais justas, democráticas, humanas e sustentáveis vem construindo uma carta mundial do direito à cidade que estabeleça os compromissos e medidas que devem ser assumidos por toda sociedade civil, pelos governos locais e nacionais e pelos organismos internacionais para que todas as pessoas vivam com dignidade em nossas cidades.

A carta mundial do direito à cidade é um instrumento dirigido a contribuir com as lutas urbanas e com o processo de reconhecimento no sistema internacional dos direitos humanos do direito à cidade. O direito à cidade se define como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social. Entendido como o direito coletivo dos habitantes das cidades em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que se conferem legitimidade de ação e de organização, baseado nos usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. Assim, a justificativa para um enfoque específico em direito à cidade baseia-se no: - acelerado processo de urbanização – em muitas localidades já terminando da América Latina e em acelerado processo em Ásia – proporcionando cidades feitas aos pedaços em que cada dia se vê mais longe a satisfação aos direitos humanos; - a tendência crescente tanto do crescimento urbano como da pobreza nas cidades; - a crescente localização das zonas vulneráveis em assentamentos populares urbanos e os desastres consequentes; a proliferação dos despejos massivos, de políticas contrárias às dinâmicas da população urbana popular e a crescente segregação e exploração social que violentam a vida e a cidade e desconhecem as contribuições dos setores populares na construção da cidade e da cidadania; - a necessidade de ter um instrumento muito claro a nível internacional ao qual se possa apropriar-se os

movimentos sociais para reverter estas tendências e garantir a aplicabilidade dos direitos humanos; - principalmente nos países onde há uma predominância rural como a Índia, se vive atualmente um acelerado processo de urbanização e de concentração precária de imigrantes urbanos em grandes cidades. Estas e outras tendências exigem um enfoque específico nas cidades.

O tradicional enfoque sobre melhoramento de qualidade de vida das pessoas centrado na habitação e nos bairros, se amplia ao focar a qualidade de vida na cidade; como forma de beneficiar a população que vive nas cidades ou em regiões de acelerado processo de urbanização, onde se expressam os intensos contrastes, as desigualdades, as explorações, a concentração de poder e de exclusão social. Implica-se em enfatizar uma nova maneira de promoção, proteção e defesa dos direitos humanos referidos ao econômico, social, cultural, civil e ao político, muitos assegurados em instrumentos internacionais de direitos humanos, por meio de distintas formas de participação democrática e pelo cumprimento da função social da cidade e da propriedade.

O direito à cidade democrática, justa, equitativa e sustentável pressupõe o exercício pleno e universal de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos previstos em Pactos e Convênios internacionais de Direitos Humanos, por todos os habitantes tais como: o direito ao trabalho e às condições dignas de trabalho; o direito de constituir sindicatos; o direito a uma vida em família; o direito à previdência; o direito a um padrão de vida adequado; o direito à alimentação e vestuário; o direito a uma habitação adequada; o direito à saúde; o direito à água; o direito à educação; o direito à cultura; o direito à participação política; o direito à associação, reunião e manifestação; o direito à segurança pública; o direito à convivência pacífica entre outros.

Entretanto, além de garantir os direitos humanos às pessoas, o território das cidades, seja urbano ou rural, é espaço e lugar de exercício e cumprimento dos direitos coletivos como forma de assegurar a distribuição e uso equitativo, universal, justo, democrático e sustentável dos recursos, riquezas, serviços, bens e

oportunidades das cidades. Dessa forma, é relevante ressaltar que a Carta de direitos coletivos que estão sujeitos os habitantes das cidades: o direito ao meio ambiente; o direito a participação no planejamento e na gestão das cidades; o direito ao transporte e mobilidade pública; o direito a justiça.

Na cidade, a correlação entre esses direitos e a necessária contrapartida de deveres é exigível de acordo com as diferentes responsabilidades e situação de seus habitantes, como forma de promover a justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; a distribuição da renda urbana, a democratização do acesso a terra e dos serviços públicos para a população pobre.

Convidamos a todos as pessoas, organizações da sociedade civil, governos locais e nacionais, organismos internacionais a participar deste processo no âmbito local, nacional, regional e global, contribuindo com a construção, difusão e implementação da carta mundial pelo direito à cidade como um dos paradigmas deste milênio de que um mundo melhor é possível.

Parte I. Disposições Gerais

ARTIGO I. DIREITO À CIDADE

1. Todas as pessoas devem ter o direito a uma cidade sem discriminação de gênero, idade, raça, etnia e orientação política e religiosa, preservando a memória e a identidade cultural em conformidade com os princípios e normas que se estabelecem nesta carta.

2. O Direito a Cidade é definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia e justiça social; é um direito que confere legitimidade à ação e organização, baseado em seus usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. O Direito à Cidade é interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente

reconhecidos, concebidos integralmente e inclui os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais Inclui também o direito a liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade ética, racial, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação e herança histórica e cultural.

3. A cidade é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes.

4. As Cidades em corresponsabilidade com as autoridades nacionais, se comprometem a adotar medidas até o máximo de recursos que disponha, para conseguir progressivamente, por todos os meios apropriados, inclusive em particular a adoção de medidas legislativas e normativas, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais sem afetar seu conteúdo mínimo essencial.

5. Para os efeitos desta carta se denomina cidade toda vila, aldeia, capital, localidade, subúrbio, município, povoado organizado institucionalmente como uma unidade local de governo de caráter Municipal ou Metropolitano, e que inclui as proporções urbanas, rural ou semirrural de seu território.

6. Para os efeitos desta carta se considera cidadãos(ãs) todas as pessoas que habitam de forma permanente ou transitória as cidades.

ARTIGO II. PRINCIPIOS E FUNDAMENTOS ESTRATÉGICOS DO DIREITO A CIDADE

São princípios do Direito à Cidade:

1. EXERCÍCIO PLENO A CIDADANIA E A GESTÃO DEMOCRÁTICA À CIDADE:

1.1 As cidades devem ser um espaço de realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, assegurando a dignidade e o bem estar coletivo de todas as pessoas, em condições de igualdade, equidade e justiça, assim como o pleno respeito a produção social do habitat. Todas as pessoas têm direito a encontrar nas cidades as condições necessárias para a sua realização política, econômica, cultural, social e ecológica, assumindo o dever a solidariedade.

1.2 Todas as pessoas têm direito a participar através de formas diretas e representativa na elaboração, definição e fiscalização da implementação das políticas públicas e do orçamento municipal nas cidades para fortalecer a transparência, eficácia e autonomia das administrações públicas locais e das organizações populares.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE E DA PROPRIEDADE:

2.1 A cidade tem como fim principal atender a uma função social, garantindo a todas as pessoas o usufruto pleno da economia e da cultura da cidade, a utilização dos recursos e a realização de projetos e investimentos em seus benefícios e de seus habitantes, dentro de critérios de equidade distributiva, complementaridade econômica, e respeito à cultura e sustentabilidade ecológica; o bem estar de todos seus habitantes em harmonia com a natureza, hoje e para as futuras gerações.

2.2. Os espaços e bens públicos e privados da cidade e dos cidadãos(ãs) devem ser utilizados priorizando o interesse social, cultural e ambiental. Todos os cidadãos(ãs) têm direito a participar da na propriedade do território urbano dentro de parâmetros democráticos, de justiça social e de condições ambientais sustentáveis. Na formulação e implementação de políticas urbanas se deve promover o uso socialmente justo, com equidade entre os gêneros, do uso ambientalmente equilibrado do solo urbano, em condições seguras.

2.3. Os cidadãos têm direito a participar das rendas extraordinárias (mais-valias) geradas pelos investimentos públicos que é capturada pelos privados, sem que estes tenham efetuado nenhuma ação sobre esta propriedade.

3. IGUALDADE, NÃO DISCRIMINAÇÃO:

Os direitos enunciados nesta carta serão garantidos para todas as pessoas que habitem de forma permanente ou transitória as cidades sem nenhuma discriminação em relação a idade, gênero, orientação sexual, idioma, religião, opinião, origem étnica racial, social, nível de rendam cidadania ou situação migratória.

As cidades devem assumir os compromissos adquiridos, com respeito a implementação de políticas públicas publicas para a Igualdade de oportunidades para as mulheres nas cidades, expressas nas CEDAW (matéria já disciplinada Constitucionalmente em muitos países), como nas Conferencias de Meio Ambiente (1992), Beijing (1995) e Habitat (1996), entre outras. Fixar recursos dos orçamentos governamentais para a efetivação destas políticas e para o estabelecimento de mecanismos e indicadores qualitativos e quantitativos para o monitoramento de seu cumprimento no tempo.

4. PROTEÇÃO ESPECIAL DE GRUPOS E PESSOAS VULNERÁVEIS:

4.1. Os grupos e pessoas mais vulneráveis devem ter o direito a medidas especiais de proteção e integração, evitando os reagrupamentos discriminatórios.

4.2 Para efeitos desta carta consideram-se mais vulneráveis as pessoas e grupos em situação de pobreza, de risco ambiental (ameaçados por desastres naturais ou vítimas de desastres ambientais gerados pelo homem), vítimas de violência, os incapazes, imigrantes e refugiados e todo grupo que segundo a realidade de cada cidade esteja em situação de desvantagem a respeito dos demais

habitantes. Nestes grupos serão objeto de maior atenção os idosos ou pessoas da terceira idade, mulheres, em especial as chefes de família e as crianças.

4.3. As Cidades, mediante políticas de afirmação positiva aos grupos vulneráveis devem suprir os obstáculos de ordem política, econômica e social que limitam a liberdade, equidade e de igualdade dos cidadãos(ãs), e que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação efetiva na organização política, econômica, cultural e social da cidade.

5. COMPROMISSO SOCIAL DO SETOR PRIVADO:

As cidades devem promover que os agentes econômicos do setor privado participem em programas sociais e empreendimentos econômicos com a finalidade de desenvolver a solidariedade e a plena igualdade entre os habitantes de acordo com os princípios previstos nesta Carta.

6. IMPULSO A ECONOMIA SOLIDARIA E A POLÍTICAS IMPOSITIVAS E PROGRESSIVAS:

As cidades deverão promover e valorizar condições políticas e programas de economia solidária.

Parte II. Direitos relativos ao Exercício da Cidadania e da Participação no Planejamento, Produção e Gestão da Cidade

ARTIGO III. PLANEJAMENTO E GESTÃO DAS CIDADES

1. As cidades se comprometem a ter espaços institucionalizados para a participação ampla, direta, equitativa e democrática dos cidadãos no processo de planejamento, de elaboração, aprovação, gestão e avaliação democrática de

políticas e orçamentos públicos, planos, programas e ações por meio de órgãos colegiados, audiências, conferências, consultas e debates públicos, iniciativa popular de projetos de lei e de planos de desenvolvimento urbano.

2. As cidades, em conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, formularão e aplicarão políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios da lei, a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de prestar contas.

3. As cidades, para salvaguardar o princípio de transparência, se comprometem a organizar a estrutura administrativa de modo tal que garantam a efetiva responsabilidade de seus governantes frente aos(as) cidadãos(ãs), assim como a responsabilidade da administração municipal perante os órgãos de governo, complementando a gestão democrática.

ARTIGO IV. PRODUÇÃO SOCIAL DO HABITAT

As cidades se comprometem a estabelecer mecanismos institucionais e desenvolver os instrumentos jurídicos, financeiros, administrativos, programáticos, fiscais e de capacitação necessários para apoiar as diversas modalidades de produção social do habitat e da habitação, com especial atenção aos processos de auto-gestão individuais, familiares e coletivamente organizados.

ARTIGO V. DESENVOLVIMENTO URBANO EQUITATIVO E SUSTENTÁVEL

1. As cidades se comprometem a regular e controlar o desenvolvimento urbano, mediante políticas territoriais que priorizem a produção de habitação de interesse social e o cumprimento da função social da propriedade pública e privada em observância aos interesses sociais, culturais e ambientais coletivos sobre os individuais. Para tanto as cidades se obrigam a adotar medidas de desenvolvimento

urbano, em especial a reabilitação das habitações degradadas e marginais, promovendo uma cidade integrada e equitativa.

2. O Planejamento da cidade e dos programas e projetos setoriais deverão integrar o tema da segurança urbana como um atributo do espaço público.

3. As cidades se comprometem a garantir que os serviços públicos dependam do nível administrativo mais próximo da população com a participação dos cidadãos(ãs) na gestão e na fiscalização, devendo estes serem tratados com um regime jurídico de bem público impedindo sua privatização.

4. As cidades estabelecerão sistemas de controle social da qualidade dos serviços das empresas públicas ou privadas em especial em relação ao controle de qualidade e ao valor de suas tarifas.

ARTIGO VI. DIREITO A INFORMAÇÃO PÚBLICA

1. Toda pessoa tem direito de solicitar e receber informação completa, veraz, adequada e oportuna, de qualquer órgão da administração da cidade, do Poder Legislativo ou Judicial, em quanto sua atividade administrativa e financeira e das empresas e sociedades privadas ou mistas que prestem serviços públicos.

2. Os funcionários do governo da Cidade ou o setor privado requerido tem a obrigação de criar e produzir informações referidas a sua área de competência mesmo que não disponha das mesmas no momento do pedido. O único limite ao acesso a informação pública é em respeito ao direito de intimidade das pessoas.

3. As cidades se comprometem a garantir que todas as pessoas acessem a informação pública eficaz e transparente, para tanto promoveram acessibilidade a todos os setores da população e a aprendizagem de tecnologias de informação, seu acesso e a atualização periódica.

4. Toda a pessoa ou grupo organizado têm direito a obter informações sobre a disponibilidade e localização do solo, e sobre os programas habitacionais que se desenvolvem a cidade, com especial atenção com a orientação aos setores que autoproduzem sua habitação e outros componentes do habitat.

ARTIGO VII. LIBERDADE A INTEGRIDADE

Todas as pessoas têm o direito à liberdade e à integridade, tanto física como espiritual. As cidades se comprometem a estabelecer garantias e proteções que assegurem que esses direitos não sejam violados por indivíduos ou instituições de qualquer natureza.

ARTIGO VIII. A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

1. Todos(as) os(as) cidadãos(ãs), conforme a lei que regulamenta seu exercício têm direito a participação na vida política local mediante a eleição livre e democrática dos representantes locais em toda as decisões que afetem as políticas locais relativas a cidade, incluído políticas e serviços de planejamento, desenvolvimento, gestão, renovação ou melhora de vizinhança.

2. As cidades deverão garantir o direito as eleições livres e democráticas dos representantes locais, a realização de plebiscitos e iniciativas legislativas populares e o acesso equitativo aos debates e audiências públicas nos temas relativos ao direito à cidade.

3. As cidades devem implementar políticas afirmativas de cotas para representação e participação política das mulheres e minorias em todas as instancias locais eletivas e de definição de suas políticas públicas.

ARTIGO IX. DIREITO DE ASSOCIAÇÃO, REUNIÃO, MANIFESTAÇÃO E USO DEMOCRATICO DO ESPAÇO PÚBLICO URBANO

Todas as pessoas têm direito de associação, reunião e manifestação. As cidades se comprometem a dispor de espaços públicos para a organização de reuniões abertas e encontros informais.

ARTIGO X. DIREITO A JUSTIÇA

1. As cidades signatárias se comprometem a adotar medidas destinadas a melhorar o acesso de todas as pessoas ao direito e a justiça.

2. As cidades devem fomentar a resolução dos conflitos civis, penais, administrativos e trabalhistas mediante a implementação de mecanismos públicos de conciliação, transação e mediação.

3. As cidades se obrigam a garantir o acesso ao serviço de justiça estabelecendo políticas especiais em favor dos grupos mais empobrecidos da população e fortalecendo os sistemas de defesa pública gratuita.

ARTIGO XI. SEGURANÇA PÚBLICA E A CONVIVENCIA PACIFICA SOLIDÁRIA E MULTICULTURAL

1. As cidades se comprometem a criação de condições para a conveniência pacífica, ao desenvolvimento coletivo e ao exercício da solidariedade, para tanto garantirá o pleno usufruto da cidade, respeitando a diversidade e preservando a memória e a identidade cultural de todos os cidadãos sem discriminação.

2. As forças de segurança têm entre suas principais missões o respeito e proteção dos direitos dos(as) cidadãos(ãs). As cidades garantem que as forças de

segurança pública sob suas ordens somente exercerão o uso da força estritamente de acordo com as previsões legais e com controle democrático.

3. As cidades garantirão a participação de todos os cidadãos(ãs) no controle e avaliação das forças de segurança

Parte III. Direito ao Desenvolvimento Econômico, Social, Cultural e Ambiental das Cidades

ARTIGO XII. DIREITO A ÁGUA, AO ACESSO E ADMINISTRAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DOMICIARES E URBANOS

1. As cidades garantirão o direito a todos os(as) cidadãos(ãs) de acesso permanente aos serviços públicos de água potável, saneamento, coleta de lixo, instalações de atendimento médico, escolas, a fontes de energia e telecomunicação em corresponsabilidade com outros organismos públicos ou privados de acordo com o marco jurídico de cada país.

2. As cidades garantirão que os serviços públicos, ainda que estejam privatizados em gestão anterior a esta carta, estabelecerão uma tarifa social exequível e a prestação do serviço público adequado para as pessoas e grupos vulneráveis ou aos desempregados.

ARTIGO XIII. DIREITO AO TRANSPORTE PÚBLICO E MOBILIDADE URBANA

1. As cidades garantem o direito a mobilidade e circulação na cidade através um sistema e transporte públicos acessíveis a todas as pessoas segundo um plano de deslocamento urbano e interurbano, e com base nos meios de transportes adequados as diferentes necessidades sociais (de gênero, idade, incapacidade) e ambientais, com preços adequados a renda dos cidadãos(ãs). Será estimulado o

uso de veículos não contaminantes e reservando áreas aos pedestres de maneira permanente a certos momentos do dia.

2. As cidades promoverão a remoção de barreiras arquitetônicas para a implantação dos equipamentos necessários ao sistema de mobilidade e circulação e a adaptação de todas as edificações públicas ou de uso público, dos locais de trabalho, para garantir a acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais.

ARTIGO XIV. DIREITO À MORADIA

1. As cidades, no marco de suas competências, se comprometem a adotar medidas para garantir a todos (as) os (as) cidadãos (ãs) que os custos da habitação será proporcional ao valor da renda de cada cidadão(ã). As habitações que contenha condições de habitabilidade deverão se acessíveis, deverão ser bem localizadas em lugar adequado e deverão se adaptar as características culturais de quem as habitem.

2. As cidades se obrigaram a facilitar uma oferta adequada de habitação e equipamentos de bairro para todos os(as) cidadãos(ãs) e de garantir as famílias em situação de pobreza, planos de financiamento e de estruturas de serviços para a assistência a infância a velhice.

3. As cidades garantem aos grupos vulneráveis prioridade nas leis e nas políticas de habitação. As cidades se comprometem a estabelecer programas de subsidio e financiamento para aquisição de terras ou imóveis, e regularização fundiária e melhoramentos de bairros precários, assentamentos e ocupações informais para fins habitacionais.

4. As cidades se comprometem a incluir as mulheres beneficiarias nos documentos de posse ou propriedade expedidos e registrados, independente de seu

estado civil, em todas as políticas públicas de distribuição e titulação de que terras, e de habitação que se desenvolvam.

5. Todos(as) os(as) cidadãos(ãs), em forma individual, casais ou grupos familiares sem lar tem o direito de exigir a provisão imediata pelas autoridades públicas da Cidade de habitação suficiente, independente e adequada. Os albergues, os refúgios e os alojamentos com cama e café da manhã poderão ser adotados com medidas provisórias de emergência, sem prejuízo da obrigação de promover uma solução definitiva de habitação.

6. Todas as pessoas têm o direito a segurança da posse sobre sua habitação por meio de instrumentos jurídicos que garantam o direito a proteção frente aos deslocamentos, desapropriação e despejos forçados e arbitrários.

7. As cidades se comprometem a impedir a especulação imobiliária mediante a adoção de normas urbanas para uma justa distribuição de cargas e de benefícios gerados pelos processos de urbanização e de adequação dos instrumentos de políticas econômicas, tributaria e financeira e dos gastos públicos os objetivos e desenvolvimento urbano.

8. As cidades promulgaram a legislação adequada e estabeleceram mecanismos e sanções destinados a garantir o pleno aproveitamento de solo urbano e de imóveis públicos e privados no edificados, não utilizados ou subutilizados ou não ocupados, par ao fim de cumprimento da função social da propriedade.

9. As cidades protegem os inquilinos dos juros e dos despejos arbitrários, regulamentando os aluguéis de imóveis para habitação de acordo com a Observação Geral nº 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas.

10. O presente artigo será aplicável para todas as pessoas, incluindo famílias, grupos, ocupantes sem títulos, sem tetos e aquelas cujas circunstâncias de habitação variam, em particular aos nômades e viajantes.

11. As cidades promoverão a instalação de albergues e habitações sociais para locação das mulheres vítimas da violência conjugal.

ARTIGO XV. DIREITO AO TRABALHO

1. As cidades, em corresponsabilidade com seus Estados Nacionais, contribuirão, na medida de suas possibilidades, na consecução do pleno emprego na cidade. Assim mesmo promoverão a atualização e a requalificação dos trabalhadores empregados ou não através da formação permanente.

2. As cidades promoverão a criação de condições para que as crianças possam desfrutar da infância, combatendo o trabalho infantil.

3. As cidades em colaboração com os demais entes da administração pública e das empresas, desenvolverão mecanismos para assegurar da igualdade de todos diante ao trabalho, impedindo qualquer discriminação.

4. As cidades promoverão em igual acesso das mulheres ao trabalho mediante a criação de creches e outras medidas, e para as pessoas portadoras de necessidades especiais mediante a implementação de equipamentos apropriados. Para melhorar as condições de emprego, as cidades estabelecerão programas de melhoria de habitações urbanas utilizadas por mulheres “chefes de família” e grupos vulneráveis como espaços de trabalho. As cidades se comprometem a promover a integração progressiva do comércio informal que realizam as pessoas com pouca renda ou desempregadas, evitando a eliminação e disposição de espaços para o exercício de políticas adequadas para sua incorporação na economia urbana.

ARTIGO XVI. DIREITO AO MEIO AMBIENTE

1. As cidades se comprometem a adotar medidas de prevenção frente à ocupação desordenada do território e de áreas de proteção e a contaminação , incluindo acústica, economia energética, a gestão e reutilização dos resíduos, reciclagem e a recuperação das vertentes para ampliar e proteger os espaços verdes.

2. As cidades se comprometem a respeitar o patrimônio natural, histórico, arquitetônico, cultural e artístico e a promoção da recuperação e revitalização das áreas degradadas e dos equipamentos urbanos.

Parte IV. Disposições Finais

ARTIGO XVII. OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DO ESTADO NA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

1. Os organismos internacionais, governos nacionais, estaduais, regionais, metropolitanos, municipal e locais são atores responsáveis pela efetiva aplicação dos direitos positivos previstos nesta Carta, assim como os direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, para todos os habitantes das cidades, com base no sistema de direito internacional de direitos humanos e o sistema de competências vigentes em respectivo país.

2. A implementação dos direitos previstos nesta Carta, e sua aplicação em desacordo com os princípios e diretrizes das normas internacionais e nacionais de direitos humanos vigentes no País, pelos governos responsáveis, decorrerá em caracterizar em violação ao Direito à Cidade que somente poderá parar mediante a implementação de medidas necessárias para a reparação ou reversão do ato o da omissão que deram causa. As medidas deverão garantir que os efeitos negativos aos danos derivados sejam reparados ou revertidos do ato ou da omissão que

deram causa. Essas medidas deverão garantir que seus efeitos negativos e danos derivados sejam reparados ou revertidos na forma de garantir que os efeitos negativos ou danos derivados sejam reparados ou revertidos de forma a garantir a todos os cidadãos e todas cidadãs a efetiva promoção, proteção e garantia aos direitos humanos previstos nesta Carta.

ARTIGO XVIII. MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO E SUPERVISÃO DO DIREITO À CIDADE

1. As cidades devem adotar todas as medidas necessárias, na forma adequada e imediata, para assegurar o direito à cidade para todas as pessoas, conforme o disposto nesta Carta. As cidades garantirão a participação dos cidadãos e das organizações da sociedade civil nos processos de revisão normativa. As cidades estão obrigadas a utilizar o máximo de seus recursos disponíveis para cumprir as obrigações jurídicas estabelecidas nesta carta.

2. As cidades proporcionarão a capacitação e educação em direitos humanos a todos os agentes públicos relacionados com a implementação do direito à cidade e com suas respectivas deveres e obrigações correspondentes, em especial aos funcionários públicos empregados por órgãos públicos cujas as políticas influam de alguma maneira na plena realização do direito à cidade.

3. As cidades promoverão o aprendizado do direito à cidade nas escolas públicas e universidades e pelos meios de comunicação.

4. Os(as) cidadãos(ãs) supervisionarão e avaliarão com regularidade e globalmente o grau de respeito as obrigações e aos direitos presentes nesta Carta.

5. As cidades estabelecerão mecanismos de avaliação e monitoramento das políticas de desenvolvimento urbano e inclusão social implementadas com base em

um sistema eficaz de indicadores do direito à cidade com diferenciação de gêneros para assegurar o direito a cidade com base nos princípios e normas desta Carta.

ARTIGO XIX. LESÃO DO DIREITO À CIDADE

1. Constitui lesão ao Direito à Cidade as ações e omissões, medidas legislativas, administrativas e judiciais, e práticas sociais que resultem no impedimento, em recusa, em dificuldade e impossibilidade de: realização dos direitos estabelecidos nesta Carta; na participação política coletiva de habitantes e mulheres e grupo sociais na gestão da cidade; - no cumprimento das decisões e prioridades definidos nos processos participativos que integram a gestão da cidade; manutenção das identidades culturais, formas de convivência pacífica, produção de habitação social, assim como formas de manifestação e ação de grupos sociais e cidadãos(ãs), em especial os grupos vulneráveis e desfavorecidos com base nos usos e costumes.

2. As ações e omissões podem expressar-se no campo administrativo, por elaboração e execução de projetos, programas e planos; na esfera legislativa, através da edição de leis, controle de recursos públicos e ações do governo; na esfera judicial, nos julgamentos e decisões judiciais sobre conflitos coletivos e difusos referente a temas de interesse urbano.

ARTIGO XX. EXIGIBILIDADE DO DIREITO À CIDADE

Toda pessoa tem direito a recursos administrativos e judiciais eficazes e completos relacionados com os direitos e deveres enunciados na presente Carta, desde que não desfrute destes direitos.

ARTIGO XXI. COMPROMISSOS PROVENIENTES DA CARTA MUNDIAL DO DIREITO À CIDADE

I – As redes e organizações sociais se comprometem a:

1. Difundir amplamente esta Carta e potencializar a articulação internacional pelo Direito à Cidade no contexto do Foro Social Mundial, nas conferências e nos foros internacionais com o objetivo de contribuir para o avanço dos movimentos sociais e das redes de ONGs e na construção de uma vida digna nas cidades.

2. Construir plataformas de exigibilidade do direito à cidade, documentar e disseminar experiências nacionais e locais que apontem para a construção deste direito. 3. Apresentar esta Carta do Direito à Cidade nos distintos organismos e agências do Sistema das Nações Unidas e dos Organismos Regionais, para iniciar um processo que tenha como objetivo o reconhecimento do direito à cidade como um direito humano.

II – Os Governos nacionais e locais se comprometem a:

1. Elaborar e promover marcos institucionais que consagrem o direito à cidade, assim como formular, com caráter de urgência, planos de ação para um modelo de desenvolvimento sustentável aplicado nas cidades, em concordância com os princípios enunciados nesta Carta.

2. Construir plataformas associativas, com ampla participação da sociedade civil, para promover o desenvolvimento sustentável nas cidades.

3. Promover a ratificação e aplicação dos pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam na construção do direito à cidade.

III – Os Organismos Internacionais se comprometem a:

1. Empreender todos esforços para sensibilizar, estimular e apoiar os governos na promoção de campanhas, seminários e conferencias, e facilitar publicações técnicas apropriadas que conduzam a adesão aos compromissos desta Carta.

2. Monitorar e promover a aplicação dos pactos de direitos humanos e outros instrumentos internacionais que contribuam na construção do direito à cidade.

3. Abrir espaços de participação nos organismos consultivos e decisórios do sistema das Nações Unidas que facilitem a discussão desta iniciativa.