

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Pedro Marino Bicudo

O direito de construir perante
a função social da propriedade urbana

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca
examinadora como exigência parcial para a
obtenção do título de MESTRE em Direito,
área de concentração Direito do Estado,
pela Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, sob a orientação da Profa. Doutora
Daniela Campos Liborio di Sarno.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora:

à Laura

Agradeço ao meu pai, José Pereira Wilken Bicudo, e a Oscar Graça Couto pelo constante incentivo na elaboração do presente trabalho.

Agradeço ao Prof. Nestor Goulart Reis por me ajudar a compreender que o Direito Urbanístico é, com certeza, uma matéria multidisciplinar.

Agradeço, por fim, à Daniela, minha orientadora, em função da sua dedicação, ajuda e paciência.

O DIREITO DE CONSTRUIR PERANTE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Pedro Marino Bicudo

RESUMO

O presente trabalho trata das relações existentes entre o direito de construir e o direito de propriedade, em face, principalmente, do princípio da função social da propriedade urbana. As recentes discussões a respeito do aludido princípio e o fato de deter o Município competência para elaborar seu plano diretor e, assim, tomar decisões a respeito de urbanismo, seriam indicativas, no entender de parte da doutrina de Direito Urbanístico, da desvinculação entre direito de construir e direito de propriedade.

A partir da análise do regramento constitucional e infraconstitucional da matéria, chegamos a conclusão diversa. A elevação do princípio da função social da propriedade à categoria de direito fundamental não importa na extinção do direito de propriedade, tampouco na sua separação do direito de construir. Buscando harmonizar princípios, concluímos que o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade devem coexistir no ordenamento jurídico, sem que um implique na extinção do outro.

Restringimos a discussão à vinculação do direito de construir ao direito de propriedade urbana. O corte epistemológico é justificado em face das diferenças existentes entre o conteúdo mínimo da propriedade urbana e da propriedade rural. Com relação à propriedade urbana, constatamos que tal conteúdo mínimo corresponde exatamente ao direito de construir.

Desse modo, verificando que o princípio da função social da propriedade e todos os desdobramentos infraconstitucionais que o tema abrange não alteraram o conteúdo mínimo e essencial do direito de propriedade urbana, bem como o seu sentido e alcance, conclui-se que o proprietário urbano continua titular do direito de edificar.

Palavras-chave: Direito de propriedade – Direito de Construir – Função social da propriedade.

THE RIGHT TO BUILD BEFORE THE SOCIAL FUNCTION OF THE URBAN PROPERTY

Pedro Marino Bicudo

SUMMARY

The following study analyses the relation between the right to build and the right of property, with focus on the principle of the social function of the urban property. The recent discussions regarding such principle and the fact that the Municipality is the competent governmental body to propose and execute its strategic general zoning plan and take decisions regarding urbanism matters, would be indicatives, under the understanding of the Urbanism Law doctrine, that the right to build and the right of property are unrelated.

However, a different conclusion is reached upon the analysis of the constitutional and infra-constitutional rules regarding the matter. Even if the principle of social function of the property is considered as a fundamental right this does not lead to the exclusion of the right of property, nor to its separation of the right to build. Preserving the harmony of principles, the present work concludes that the right of property and the principle of the social function of the property must coexist, one not interfering on the existence of the other.

This discussion is restricted to the existing relation between the right to build and the right of urban property. The epistemological restriction is justifiable, as the essential content of urban and rural properties are different. Regarding the urban property, it is clear that the essential content is precisely the right to build.

Therefore, since the principle of social function of the property and all infra-constitutional ramifications related the theme do not change the minimal and essential content of the right of urban property, as well as its purpose and extension, the conclusion is that the urban property holder continues to be the rightful owner of the right to build.

Key words: Right of property – Right to build – Social function of the property

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
.....	
1. PRINCÍPIO E INTERPRETAÇÃO	3
CONSTITUCIONAL.....	
1.1. Princípios na Constituição	4
Federal.....	
1.2. Considerações Gerais sobre interpretação	11
Constitucional.....	
2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NA CONSTITUIÇÃO	18
FEDERAL.....	
2.1. Direito de propriedade e o princípio da função social da	18
propriedade.....	
2.2. A função social da propriedade	32
urbana.....	
2.2.1. A função social da propriedade urbana e da propriedade rural na	
Constituição Federal. Repartição constitucional de	32
competencies.....	
2.2.2. A função social das	36
cidades.....	
2.3. Plano diretor e função social da propriedade	39
urbana.....	
2.3.1. O plano diretor como instrumento jurídico e	43
técnico.....	
2.3.2. Conclusões do	49
tópico.....	
3. O DIREITO DE CONSTRUIR NO ESTATUTO DA	51
CIDADE.....	
3.1. Considerações gerais sobre o Estatuto da	51
Cidade.....	
3.2. Solo	54
criado.....	
.....	
3.3. Outorga onerosa do direito de	63
construir.....	
3.4. Operações urbanas	71
consorciadas.....	
3.5. Transferência do direito de	74
construir.....	
4. DIREITO DE CONSTRUIR PERANTE A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	78
URBANA..	

4.1.	A doutrina em defesa da separação do o direito de propriedade e o direito de construir	78
4.1.1.	Planificação e princípio da reserva do plano.....	80
4.1.2.	Crítica à visao jus-civilista do direito de propriedade.....	90
4.1.3.	O problema da isonomia no planejamento urbano.....	96
4.2.	A inerência do direito de construir ao direito de propriedade.....	99
4.2.1.	Algumas premissas: qualificação do solo como urbano, teoria do conteúdo mínimo da propriedade e teoria da vinculação situacional.....	100
4.2.1.1.	Qualificação do solo como urbano.....	10
4.2.1.1.1.	A propriedade rural e a propriedade urbana são insti-tutos distintos.....	10
4.2.1.1.2.	A propriedade rural também é passível de urbanização.	4
4.2.1.1.3.	A separação entre o meio rural e o meio urbano passa por questões estranhas ao Direito.....	10
4.2.1.1.4.	Conclusões sobre o tópico a necessidade de realizar-se um corte epistemológico.....	8
4.2.1.2.	Conteúdo mínimo do direito de propriedade.....	11
4.2.1.3.	A teoria da vinculação situacional.....	3
4.2.2.	Argumentos a favor da inerência do direito de construir ao direito de proprie- dade.....	12
4.2.2.1.	Função social da propriedade urbana e contornos constitucionais da propriedade urbana.....	5
4.2.2.2.	Apenas o proprietário poderá edificar a sua propriedade urbana.....	12
4.2.2.3.	O direito de construir permane amalgamado à propriedade descum-pridora da sua função social.....	13

4.2.2.4.	Teorias do conteúdo mínimo e da vinculação situacional <i>versus</i> pla-	13
	nificação.....	7
		
4.2.2.5.	A justa indenização.....	14 1
4.2.2.6.	Questões decorrentes do Estatuto da Cidade.....	14 9
4.2.2.6.1.	Transferência de potencial adicional de construção.....	14 9
4.2.2.6.2.	Os parâmetros para a definição do coeficiente básico de aproveitamento.....	15 5
	.	
	CONCLUSÃO.....	15
		9
	BIBLIOGRAFIA.....	16
		3

INTRODUÇÃO

O tema proposto para discussão, qual seja, as relações entre o direito de construir e o princípio da função social da propriedade urbana, ganhou importância diante das mudanças que o urbanismo vem sofrendo, tanto sob o aspecto da sua regulação, quanto no campo prático, na vida em sociedade. Daí, inclusive, a atualidade do debate.

Na prática social, o Brasil vem caminhando rumo à urbanização total¹. A constatação de que o Brasil se tornou um país urbano trouxe as questões relativas às cidades para o centro das discussões sobre desenvolvimento, crescimento econômico, qualidade de vida e sobre a própria legislação aplicável. O mais importante de tais debates, a nosso ver, consiste nas discussões em torno do direito de construir. No campo legislativo, muito embora o tema já fosse tratado com certa timidez pela ordem constitucional anterior, é a partir da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, após a edição do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que o tema “urbanismo” ganha especial importância.

Todas essas alterações que o urbanismo vem sofrendo nos últimos anos nos levaram ao seguinte questionamento: afinal, quais seriam os limites aplicáveis à edificação do solo urbano? A questão, entretanto, era – e ainda o é –

¹ Nestor Goulart Reis, *Urbanização Dispersa e Mudanças no Tecido Urbano*, p. 20-26. De acordo com as informações fornecidas no último Censo Demográfico, no ano de 1950, a população urbana era de 36,16%, ao passo que a população rural era de 63,84%. Essa divisão inverteu-se a partir da década de 1970, de modo que, em 2000, a população urbana correspondia a 81,25% e a rural a 18,75%.

mais complexa. Não se trata de compreender quais seriam as restrições ao direito de propriedade e, bem assim, ao direito de construir, mas, antes, definir quais seriam os novos contornos do direito de propriedade em face do princípio da função social da propriedade urbana.

A partir da premissa de que o direito de construir seria a mais importante faculdade atribuída ao proprietário urbano, o questionamento anteriormente proposto nos remeteu à seguinte indagação que pretendemos responder ao longo do presente trabalho: em face do princípio da função social da propriedade urbana, cujas raízes são constitucionais, poder-se-ia ainda compreender o direito de construir como vinculado ao direito de propriedade?

Para responder tal questão, dividimos o presente trabalho em três partes. Na primeira, enfrentaremos, após uma rápida a respeito do que sejam princípios, o conteúdo e alcance do princípio da função social da propriedade urbana, sob uma perspectiva constitucional. Em um segundo momento, sob a luz do Estatuto da Cidade, verificaremos o como a matéria foi enfrentada infraconstitucionalmente. Finalmente, na terceira parte, trataremos das relações entre direito de construir e direito de propriedade.

1. PRINCÍPIOS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O principal elemento que norteia a discussão proposta é a função social da propriedade. É bem verdade que parte da doutrina não alça a função social à categoria de princípio, mas, apenas, a de elemento conformador do direito de propriedade, intrínseco, portanto, à própria noção de propriedade. No presente trabalho, a função social da propriedade será adotada como verdadeiro princípio, sendo esse também o entendimento de José Afonso da Silva, para quem *“a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”*².

A opção metodológica por se enfrentar a função social da propriedade como verdadeiro princípio se deve, principalmente, ao seu conteúdo e características. Não se identifica no dispositivo constitucional inserido no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, qual seja, *“a propriedade cumprirá sua função social”*, conteúdo suficiente para definir tal excerto como regra jurídica. Falta-lhe, como se verá adiante, o caráter de determinabilidade que é inerente a tal categoria normativa.

Por outro lado, e se bem analisado o ordenamento jurídico, verifica-se que a função social da propriedade ocupa posição fundante, orientando a elaboração de inúmeras normas jurídicas infraconstitucionais que compõem o

²

Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 285/286.

sistema de Direito Urbanístico. Na lição de Luís Roberto Barroso: *“o ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”*³.

Partindo-se da premissa, pois, que a função social da propriedade é verdadeiro princípio, faz-se necessária, antes, uma breve análise do conceito de princípios constitucionais, bem como das principais regras relativas à moderna interpretação constitucional. Tais elementos permitirão uma melhor compreensão do tema proposto.

1.1. Princípios na Constituição Federal

Princípio, na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é *“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 a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere sentido harmônico”*⁴.

Tal concepção se aproxima bastante daquela oferecida por Roque Antônio Carrazza, para quem *“um princípio jurídico é um enunciado lógico,*

³ Regime Constitucional do Serviço Postal, p. 149.

⁴ Curso de Direito Administrativo, p. 888/889.

*implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam*⁵.

A primeira noção que se deve ter de princípios, portanto, é a de que ocupam posição hierarquicamente superior no ordenamento jurídico, irradiando sobre as demais normas seu sentido e espírito, tudo de modo a buscar a unidade do ordenamento⁶. A função social da propriedade, portanto, com todo o conteúdo que lhe é peculiar – e como será mais bem exposto a seguir –, também deve ocupar posição preeminente no ordenamento jurídico. É em decorrência da posição que tal princípio ocupa que se faz necessário, antes da análise de normas infraconstitucionais, como o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10.07.2007, o exame do contexto constitucional em que tal princípio se insere.

Um segundo elemento que decorre de tais definições é o de que princípios são, antes de tudo, normas jurídicas, que, como tais, consistem em verdadeiros imperativos autorizantes⁷. Paulo Bonavides, seguindo os

⁵ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 31.

⁶ Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “*Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica*” (*Regime Constitucional do Serviço Postal*, p. 149).

⁷ O conceito de norma jurídica como “imperativo autorizante” é apresentado por Maria Helena Diniz, com o respaldo de Goffredo Telles Jr., *verbis*: “*Tais são os motivos pelos quais definimos a norma jurídica: imperativo autorizante, que é o conceito dado por Goffredo Telles Jr. O elemento ‘imperativo’ revela seu gênero próximo, incluindo-a no grupo das normas éticas que regem a conduta humana, diferenciando-as das leis físico-naturais. E o ‘autorizante’ indica sua diferença específica, distinguindo-a das demais normas, pois só a jurídica é autorizante*” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 33/34).

ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, assinala que “os *princípios* são normas e as normas compreendem igualmente os *princípios* e as regras”⁸.

Nesse sentido, portanto, princípios são verdadeiras normas jurídicas, afastando-se, pois, a noção de que seriam dotados, apenas, de caráter axiológico e ético. A doutrina de Direito Constitucional ensina que os princípios, tal qual as regras, fazem parte de um sistema normativo e, assim, podem ser formulados de acordo com as expressões deônticas básicas, obrigatório, proibido e permitido.

O fato, entretanto, de os princípios serem dotados de caráter normativo e, assim, poderem ser pronunciados de acordo com os modais deônticos, não significa que princípios e regras, ambas categorias de normas jurídicas, não apresentem diferenças significativas entre si. É bem verdade que a doutrina não é uníssona a respeito dos elementos que devem nortear tal diferenciação, dissentindo essencialmente quanto aos critérios aplicáveis. O presente trabalho, entretanto, não tem como objetivo esgotar o tema, até mesmo porque aqueles critérios que eram normalmente aceitos pela doutrina de Direito Constitucional passaram, recentemente, a sofrer críticas e propostas de reformulações, lideradas, no Direito Brasileiro, por Humberto Ávila.

Adotaremos, aqui, aqueles elementos diferenciadores apresentados por Joaquim José Gomes Canotilho (que também utiliza as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy), que já se encontram consagrados entre vários autores.

⁸ Curso de Direito Constitucional, p. 243.

As principais diferenças entre regras e princípios residem no seu grau de determinabilidade, no carácter de fundamentalidade que tais modalidades de normas jurídicas assumem no sistema das fontes de direito, na proximidade com a ideia de direito e, por fim, na natureza normogenética.

No que tange ao primeiro elemento, grau de abstração, Joaquim José Gomes Canotilho ressalta que “os *princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida*”⁹. Tal elemento está diretamente relacionado ao grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto. Quanto a esse aspecto, é possível afirmar que os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, tanto por parte do legislador, quanto do juiz, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta¹⁰.

A partir de tais elementos conclui-se que não se poderia retirar do princípio da função social da propriedade normatividade suficiente para regular todas as questões relativas à propriedade. Pelo contrário, dado o seu grau de abstração, a função social da propriedade, como verdadeiro princípio que é, é dotada de baixa normatividade, sendo necessário que se analisem as demais normas que compõem o ordenamento jurídico para que se possa definir o seu conteúdo. Por óbvio, como se verá adiante, isso não significa dizer que a função social da propriedade seja vazia de conteúdo. É possível, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, obter elementos suficientes para que se defina um conteúdo mínimo do princípio em comento.

⁹ *Direito Constitucional*, p. 1.160.

¹⁰ *Ibidem*, mesma página.

Joaquim José Gomes Canotilho, ao definir alguns conceitos básicos para a interpretação constitucional, assinala que “*concretizar a constituição traduz-se, fundamentalmente, no processo de densificação de regras e princípios constitucionais*”¹¹. O processo de densificação, por seu turno, deve assim ser definido:

“Densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especial carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

*As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (=preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto”*¹².

O terceiro elemento que serve para diferenciar princípios e regras consiste no caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito. Os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico¹³. É o caso, justamente, do princípio da função social da propriedade, que, ocupando posição superior e estruturante no ordenamento jurídico brasileiro, orienta a produção normativa infraconstitucional.

¹¹ Ibidem, p. 1.201.

¹² Ibidem, mesma página.

¹³ Ibidem, p. 1.160.

A nosso ver, o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito que os princípios assumem comunica-se diretamente com a natureza normogenética que detêm. Os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética inaugural.

O quarto elemento é a proximidade da idéia de direito. Como ensina Canotilho, “os princípios são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘idéia de direito’ (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional”¹⁴.

De tais elementos, o que se pode verificar é que o sistema constitucional adequado não pode ser composto apenas por princípios, sob pena de criar-se um sistema jurídico com alto grau de abstração. O sistema adequado, portanto, é aquele que é composto por regras e princípios. Isso porque, um sistema baseado apenas em princípios seria falho no que tange à segurança jurídica, na medida em que coexistiriam princípios conflitantes, além de inexistirem regras precisas quanto às diversas situações fáticas. Por outro lado, um sistema constituído apenas por regras seria demasiadamente rígido, de limitada racionalidade prática, impedindo que o sistema jurídico, à luz da inexistência de *standards*, se renovasse.

¹⁴ Ibidem, mesma página.

É a luz de tais considerações que devem ser analisados os conflitos, ou supostos conflitos, que existiriam entre o direito de construir e o princípio da função social da propriedade.

Partindo-se da noção de que a função social da propriedade é um verdadeiro princípio, pode-se assumir que este figura no ordenamento jurídico brasileiro como um *standard* irradiando seu conteúdo principiológico para as demais regras e princípios que compõem o sistema de Direito Urbanístico. Nesse sentido, a análise sobre a suposta desvinculação entre o direito de construir e a função social da propriedade deve, primeiramente, passar por uma análise do contexto constitucional em que está inserido tal princípio, e, posteriormente, pela análise das normas infraconstitucional, que, em conjunto com as demais regras e princípios constitucionais, garantirão densidade normativa ao princípio da função social da propriedade.

Isso porque há princípios, como o da função social da propriedade, que por serem abertos demandam os demais princípios e normas, de modo que o seu caráter abstrato torne-se mais concreto, denso. Como ressalta Canotilho, “os *princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição)*”¹⁵. Orientar-se, na discussão a respeito da desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade, apenas pelo conteúdo que o princípio da função social da propriedade ofereceria poderá levar o intérprete a equívoco, vislumbrando

¹⁵ Ibidem, p. 1.175.

conteúdo que, se confrontado com outros princípios e regras, mostrar-se-á desconectado da própria ordem constitucional a que pertence.

A distinção entre regras e princípios, entretanto, não é tarefa simples quando tomada sob a ótica da interpretação constitucional. É do que se passa a tratar no item abaixo.

1.2. Considerações gerais sobre interpretação constitucional

A interpretação de determinada norma jurídica depende, antes, da própria concepção que se deve ter do Direito e, portanto, de norma jurídica. Como leciona Norberto Bobbio, *“o termo direito, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um tipo de sistema normativo, não um tipo de norma”*¹⁶. As normas jurídicas, portanto, não devem ser compreendidas isoladamente, mas, antes, como partes integrantes do ordenamento jurídico.

Tal concepção do Direito como ordenamento jurídico e não como norma isolada remete, necessariamente, à noção de sistema. O Direito, como sistema, não é um dado empírico, cuja percepção ocorre no mundo real. Ao contrário, é uma construção científica que permite afirmar que as normas jurídicas, integrantes do sistema jurídico, estão num relacionamento de coerência entre si. Logo, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas jurídicas que observam determinada organização.

¹⁶ Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 31.

A partir da concepção do ordenamento jurídico como um sistema organizado de normas jurídicas é que as regras de interpretação assumem especial importância, na medida em que oferecerão a cada norma individualizada sentido e alcance dentro do ordenamento jurídico, *i.e.*, dentro do sistema de que participam. Dentre todas as regras de interpretação do ordenamento, a sistemática é a de maior importância.

Como ressalta Luiz Antonio Nunes, “*avaliando a norma dentro do sistema, o intérprete observa todas as concatenações que ela estabelece com as demais normas inseridas no mesmo sistema*”¹⁷. Assim, ao interpretar determinada norma jurídica, o intérprete deve atentar para todas as relações hierárquicas e conexões que tal norma mantém, bem como para a coerência do próprio ordenamento jurídico como um todo.

No contexto do presente trabalho, tais afirmações permitem dizer que o princípio da função social da propriedade não tem o seu conteúdo e alcance estabelecido isoladamente, apartado das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, principalmente daquela que assegura a todos, como garantia fundamental, o direito de propriedade. Procurar estabelecer o conteúdo de tal princípio, sem antes identificar todos os demais princípios e regras que com ele se relacionam, poderia levar a um equívoco interpretativo, em que, por exemplo, à expressão “função social” emprega-se determinado caráter não

¹⁷ *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 208.

condizente com os demais princípios que norteiam a atividade econômica no País.

O universo de normas de Direito de Urbanístico, portanto, também deve ser interpretado sistematicamente. Isso porque tal conjunto, dada, sobretudo, a interdisciplinaridade inerente à matéria, é composto pelas diretivas contidas na Constituição Federal e por normas infraconstitucionais, como é o caso do Estatuto da Cidade e dos planos diretores Municipais, normas essas que, por expressa dicção constitucional, são essenciais para que se possa delimitar o conteúdo da função social da propriedade urbana¹⁸.

Com relação à Constituição Federal a mesma regra deve ser observada. Apenas a partir de uma análise sistemática da própria Constituição Federal, de todos os seus princípios e regras, é que será possível identificar corretamente o conteúdo do princípio da função social da propriedade. Joaquim José Gomes Canotilho identifica os seguintes princípios norteadores da atividade de interpretação da Constituição Federal: princípio da unidade de constituição; princípio do efeito integrador; princípio da máxima efetividade; princípio da “justeza” ou da conformidade funcional; princípio da concordância prática ou da harmonização e o princípio da força normativa da constituição¹⁹.

Não cabe, aqui, discorrer sobre o sentido de cada um de tais princípios. Em linhas gerais, entretanto, é possível afirmar que tais princípios buscam eliminar as contradições entre princípios e regras constitucionais,

¹⁸ Nesse sentido, é a redação do artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

¹⁹ *Direito Constitucional*, p. 1.223-1.226.

empregando-lhes a máxima efetividade possível (ou, em outras palavras, atribuindo a norma o sentido que maior eficácia lhe dê), sem que tal medida implique no sacrifício de um princípio em relação a outro. Assim, a suposta contradição existente entre o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade não pode implicar, necessariamente, na prevalência de um sobre o outro, e muito menos no sacrifício de qualquer um deles. É o que Canotilho chamou de princípio da concordância prática ou da harmonização: *“Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”*²⁰.

Não se pode perder de vista, ademais, que a interpretação constitucional não deve consistir em um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais²¹. A interpretação constitucional é fruto de um momento histórico e, ao menos em princípio, demanda, conjuntamente à análise da legalidade, o estudo do contexto sócio-econômico, bem como da realidade que irá nortear a aplicação da norma jurídica. Vislumbrar-se a discussão a respeito do direito de propriedade e do conteúdo do princípio da função social da propriedade com base em fatos ocorrido há, por exemplo, cinquenta anos, não oferecerá ao intérprete a correta aplicação da norma jurídica.

Naturalmente, não cabe aqui a crítica dos novos modelos de urbanização – que, já na introdução do presente trabalho, sinalizamos estarem em mudança –, mas apenas ressaltar, como faz Nestor Goulart Reis, que “não

²⁰ Ibidem, p. 1.225.

²¹ Luís Roberto Barroso, *Regime Constitucional do Serviço Postal*, p. 146.

*existem uma forma certa e outra errada de tecido urbano que seja a única considerada como correta*²². O que se deve ter em mente, entretanto, é que “os padrões estão sempre em mudança. Não podemos incidir no erro de críticas subjetivas sobre as mudanças que estão em curso, visando imobilizar os padrões urbanísticos do século XX”²³.

Ora, ao assumir que os padrões urbanísticos estão em constante mudança, não se pode querer que o princípio da função social da propriedade, assuma, com o passar dos anos, conteúdo único. Naturalmente, é importante que se identifique quais são os seus caracteres essenciais. Mas, deve-se atentar também para as mudanças no contexto sócio-econômico, que irão, ao final, orientar a correta concepção de tal princípio.

As regras de interpretação acima apresentadas passam, então, a ser de suma importância quando se está diante de princípios e valores fundamentais. Isso porque a moderna doutrina constitucionalista propõe que os princípios, diferentemente das regras, não estabelecem consequências jurídicas que podem ser automaticamente determinadas em face do preenchimento da hipótese. Isso significa dizer que os princípios não obedeceriam ao mecanismo tradicional da subsunção, uma vez que se aplicariam a um conjunto bastante amplo de situações, não determinando, ademais, a conduta a ser observada.

As regras, ao contrário, são aplicadas de forma disjuntiva: o fato é enquadrado na hipótese da norma jurídica, resultando em um mandamento, uma

²² *Notas Sobre Urbanização Dispersa...*, p. 61.

²³ *Ibidem*, mesma página.

consequência jurídica. Ronald Dworkin e Robert Alexy, parafraseados por Joaquim José Gomes Canotilho²⁴ e Luís Roberto Barroso²⁵, concluem, portanto, que a aplicação de uma regra se opera na modalidade do “tudo ou nada”, de modo que, havendo conflito entre diferentes regras, apenas uma delas terá validade e deverá prevalecer: *“a aplicação de uma regra opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é descumprida. Na hipótese de conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer”*²⁶.

No caso dos princípios, entretanto, em face do grau de abstração que possuem, não há apenas uma conduta a ser seguida, de modo que, em inúmeros casos, poderá haver uma multiplicidade de situações atingidas pelo mesmo princípio. A aplicação dos princípios não segue, pois, a regra do “tudo ou nada”, dependendo das circunstâncias que envolvem o caso concreto.

Como referido acima, isso significa dizer que, em caso de colidência de princípios, não há como se declarar um princípio inválido e outro válido. Os princípios colidentes continuarão a co-existir no que tange à solução do caso concreto. Ao final, far-se-á necessária uma harmonização de princípios constitucionais, *“de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito”*²⁷. Todavia, para que não se incorra em insegurança jurídica, o sistema jurídico deve conter uma equilibrada distribuição

²⁴ *Direito Constitucional*, p. 1.223-1.241.

²⁵ *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 350-362

²⁶ *Ibidem*, p. 351.

²⁷ Joaquim José Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 1.241.

entre regras e princípios, como bem lembra Canotilho ao tratar do que chamou de constitucionalismo adequado²⁸.

Todas essas premissas fixadas acima permitem concluir que não se pode interpretar determinados princípios sem antes atentar para o contexto constitucional em que foram inseridos e, mais do que isso, para os demais princípios que regulam a matéria. Procurar, portanto, identificar o conteúdo do princípio da função social da propriedade apartado do conteúdo do próprio direito de propriedade é medida que deixa de levar em consideração todas as regras de interpretação legislativa e constitucional e, até mesmo, a própria concepção de Direito como um sistema dinâmico.

²⁸

Humberto Ávila, em uma apertada síntese a respeito dos critérios para a diferenciação de princípios e regras apresentados pela doutrina, identifica quatro critérios distintos. O primeiro deles, chamado de “hipotético-condicional”, está fundado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência, ao passo que os princípios apenas indicariam o fundamento para que o aplicador da norma pudesse identificar a regra a ser utilizada no caso concreto. O segundo critério, intitulado “modo final de aplicação”, sintetiza a ideia de que as regras são aplicadas de modo absoluto, “na modalidade tudo ou nada”, como diz Luís Roberto Barroso. Logo, havendo o preenchimento da hipótese de incidência de uma determinada regra, a consequência jurídica deverá ocorrer em sendo válida dita regra ou não ocorrer, no caso de invalidade. Os princípios, por outro lado, são aplicados “mais ou menos”, de modo gradual em razão das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. O terceiro critério apontado por Humberto Ávila, “relacionamento normativo”, está fundado na ideia de que, havendo conflito entre regras jurídicas, uma delas deverá ser declarada inválida. Por outro lado, a colisão entre princípios resolver-se-ia segundo o critério da ponderação, em função do que um dos princípios deverá prevalecer, sem que se retire a validade jurídica do outro. Atribuem-se pesos diferentes aos princípios colidentes, solucionando-se o caso concreto. Por fim, os princípios, ao contrário das regras, podem ser considerados verdadeiros fundamentos axiológicos para que decisões sejam tomadas (*Teoria dos Princípios, passim*).

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1. Direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade

O princípio da função social da propriedade é um dos mais importantes para o Direito Urbanístico e, bem assim, para qualquer discussão envolvendo a propriedade urbana.

O debate em torno do seu conteúdo, entretanto, não é objeto de consenso na doutrina. Há, por exemplo, como expõe José Afonso da Silva, quem proclame que, com base no princípio da função social da propriedade urbana, estaria proclamada a municipalização da propriedade²⁹. Léon Duguit, no âmbito jurídico, proclamou que a propriedade não seria um direito, mas, na realidade, uma função social. Logo, a propriedade não mais deveria ser compreendida como um direito subjetivo, mas como uma tarefa que os indivíduos deveriam exercer na sociedade, sempre voltada à satisfação de necessidades comuns³⁰.

Tais leituras, entretanto, não encontram respaldo na Constituição Federal.

²⁹ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 87-88.

³⁰ *Apud* Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao Direito de Propriedade*, p. 76-79.

O direito de propriedade, na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXII), é protegido como garantia fundamental, figurando, mais adiante, como princípio fundamental da atividade econômica, ao lado de outros como o da livre iniciativa. Bastam, a nosso ver, tais evidências para que se afaste a idéia de que a propriedade seria uma função social. É, antes, um direito individual, princípio da ordem econômica e da própria estrutura estatal brasileira.

Todavia, a propriedade é sempre acompanhada, seja no capítulo das garantias fundamentais, seja naquele que trata da atividade econômica, pelo princípio da função social da propriedade. É o que ocorre no artigo 5º, inciso XXIII, quando se enuncia que a “*a propriedade cumprirá sua função social*” e, também, no artigo 170, em que a função social da propriedade é colocada ao lado dos já citados direito de propriedade e princípio da livre iniciativa.

Todos esses elementos demonstram que a propriedade privada e o princípio da função social da propriedade devem, antes, ser conciliados – como, aliás, já se viu no item 1.2 acima. É importante, assim, compreender o conteúdo e extensão do princípio da função social da propriedade, para que se possa, do mesmo modo, compreender a propriedade urbana.

A Constituição Federal, como se disse, insere o direito de propriedade entre as garantias fundamentais dos indivíduos (artigo 5º, inciso XXII), determinando, entretanto, que a propriedade cumprirá a sua função social (artigo 5º, inciso XXIII). Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o direito de propriedade é alçado à categoria dos direitos individuais fundamentais, o

interesse público e a correta adequação aos fins sociais devem orientar o seu exercício e o aproveitamento da propriedade.

Desde logo é importante notar inexistir qualquer tipo de contradição ou hierarquia entre tais princípios. Ambos foram alçados pelo texto constitucional à categoria de direitos fundamentais, possuindo, em princípio, a mesma carga normativa e axiológica. Como diz Francisco Eduardo Loureiro, “*o respeito à propriedade e à sua função social constituem, ambos, princípios explícitos – ou positivos – que expressam decisões políticas fundamentais do constituinte, têm fonte no princípio estruturante da dignidade da pessoa humana e são obrigatórios e vinculantes aos seus destinatários*”³¹.

Não há que se cogitar, portanto, da existência de qualquer antinomia entre tais princípios. Francisco Eduardo Loureiro continua, nos seguintes termos:

“Não há antinomia porque, como acima visto, a função social integra a própria estrutura da relação proprietária – não é, portanto, algo externo ao instituto – criando deveres de comportamento positivo, ônus, abstenções e estímulos ao titular. Também não há, de resto, critério abstrato e geral para definir, a priori, quando a propriedade cumprirá a sua função social, devendo ser analisado o caso concreto e a concorrência entre os interesses proprietários e os interesses não-proprietários”³².

³¹ A Propriedade Como Relação Jurídica Complexa, f. 113.

³² Ibidem, mesma folha.

É bem verdade que, se, por um lado, o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade são cláusulas fundamentais distintas, passíveis de consequências jurídicas diversas, por outro lado, em face das disposições constitucionais e das regras de interpretação constitucional, o direito de propriedade deve ser reinterpretado ou, melhor dizendo, conformado, devendo sua própria estrutura ser revisada. Não se trata o princípio da função social da propriedade, como ensina José Afonso da Silva, de uma mera limitação ao direito de propriedade, na medida em que *“limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto função social interfere com a estrutura do direito mesmo”*³³.

Mais adiante, o referido autor continua: *“Enfim, a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”*³⁴. O raciocínio de José Afonso da Silva passa, então, a ficar em linha com as lições de Léon Duguit, na medida em que, para ele, o princípio da função social da propriedade permitiria concluir que o direito de propriedade não poderia mais ser tido como um direito individual.

A evidência de que o princípio da função social da propriedade interfere diretamente na estrutura do direito de propriedade é referendada por outros autores.

³³ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 75.

³⁴ *Ibidem*, p. 77.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha afirma que não se pode “conceber a função social como algo externo ao conceito jurídico de propriedade, pois, na verdade, a função social integra a estrutura do conceito jurídico de propriedade”³⁵. Para tal autor, o princípio em tela interfere diretamente no exercício do direito de propriedade, de tal modo que se deve reconhecer “a ausência de determinadas faculdades, o exercício condicionado de outras e o dever de exercitar algumas livremente ou de acordo com determinados critérios”³⁶.

Note-se, entretanto, que Sílvio Luís Ferreira da Rocha afasta a idéia de que a noção apresentada de princípio da função social da propriedade implicaria em contradição entre dito princípio e o próprio direito de propriedade. Na realidade, afirma não haver “qualquer incompatibilidade entre o dever do proprietário de atender ao bem-estar e o direito de usar, fruir e dispor dos bens, pois a função social apenas condiciona o exercício de direitos inerentes à relação jurídica da propriedade”³⁷.

Nesse mesmo sentido, comenta Francisco Eduardo Loureiro:

“a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim conformativa do legislador. São, em última análise, características do próprio direito e

³⁵ *Função Social da Propriedade Pública*, p. 73.

³⁶ *Ibidem*, p. 72.

³⁷ *Ibidem*, p. 73.

*de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação*³⁸.

A redefinição dos contornos do direito de propriedade nos termos acima propostos não permite ao intérprete afirmar, entretanto, não mais ser o direito de propriedade um direito subjetivo. A doutrina de Leon Duguit, segundo a qual o direito de propriedade não mais seria um direito subjetivo, mas uma função social, não foi aceita em países capitalistas, como é o caso do Brasil.

É nesse contexto, tendo-se em conta que a Constituição Federal não permitiria afirmar não ser o direito de propriedade um direito individual, que o próprio José Afonso da Silva acaba por afirmar que *“o princípio da função social não autoriza suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada”*. Mais do que isso, dito princípio *“também não autoriza esvaziar a propriedade em seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia”*³⁹.

É importante anotar, assim, o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ainda que à luz da Constituição Federal de 1969, referido autor já explicava não ser a propriedade uma função social, mas, antes, um direito: *“Estamos em crer que, ao lume do direito positivo constitucional, a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social”*⁴⁰.

³⁸ A Propriedade como Relação Jurídica Complexa, f. 94.

³⁹ Direito Urbanístico Brasileiro, p. 77..

⁴⁰ Novos Aspectos da Função Social da Propriedade..., p. 41.

Parafraseando o aludido Autor, não se poderia compreender que a propriedade a ser protegida é apenas a “propriedade função social”. Estar-se-ia, nesse caso, concluindo que a propriedade que não cumpre a sua função social não seria passível de proteção pelo ordenamento jurídico o que, em realidade, não se verifica. Ainda que a propriedade não cumpra sua função social, ao proprietário é assegurado o direito de ser devidamente indenizado devido à adoção de medidas expropriatórias, sob pena de confisco, o que é vedado pela ordem constitucional.

O fato de a propriedade não ser uma função social, todavia, não exime o proprietário de determinados ônus, orientados pelo aludido princípio: *“antes será forçoso concluir que, não o sendo, deve, contudo, cumprir uma função social, à falta do que assujeita-se nos termos das leis existentes, ou que se editem, às medidas conformadores ou à eventual desapropriação”*⁴¹.

Na mesma linha desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello, José Acir Lessa Giordani afirma o seguinte: *“Inegável é, realmente, que a função social como elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade incide em seu conteúdo e compõe o seu conceito, mas não com força suficiente, em um Estado de regime democrático, para desvirtuar o caráter individual e privado da instituição em epígrafe”*⁴².

⁴¹ Ibidem, p. 42.

⁴² *Propriedade Imóvel...*, p. 48. Vale anotar, também, o que diz Cristiane Derani: “a função social da propriedade pressupõe a consagração da propriedade privada. Sem a propriedade como poder juridicamente garantido, não há que se falar na prescrição da função social da propriedade” (in *A Propriedade na Constituição de 1988*, p. 59).

O que se observa, assim, é uma tendência, em alguns casos mais explícita, em outros menos, de se buscar um equilíbrio entre o direito de propriedade, enquanto garantia fundamental, e o princípio da função social da propriedade urbana. Não é por outra razão, aliás, que Daniela Campos Libório di Sarno define o princípio da função social da propriedade como o justo equilíbrio entre o público e o privado: “podemos dizer que a função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade”⁴³.

O argumento baseado no equilíbrio entre o público e o privado é referendado por Victor Carvalho Pinto⁴⁴ e Cristiane Derani⁴⁵. Ao tratar da inserção da função social da propriedade na Constituição Federal, Victor Carvalho Pinto fala em conciliação da propriedade, enquanto garantia fundamental, com o princípio em comento. Em sintonia com Celso Antônio Bandeira de Mello, o autor afirma que “a propriedade não é uma função social, mas um direito, que tem uma função social”⁴⁶.

Em face desse equilíbrio, Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que a função social da propriedade pode ser compreendida sob duas diferentes acepções. Por um lado, a propriedade deve atingir uma finalidade

⁴³ Elementos de Direito Urbanístico, p. 48.

⁴⁴ Direito Urbanístico, p. 185.

⁴⁵ Tutela Jurídica da Apropriação do Meio Ambiente, p. 66.

⁴⁶ Direito Urbanístico, p. 185.

economicamente útil⁴⁷, cumprindo a sua vocação, as potencialidades a ela inerentes, seja no meio urbano, seja no meio rural. Completa o autor:

“Função social da propriedade é tomada como necessidade de que uso da propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tendendo-se a otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição, em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo”⁴⁸.

Paralelamente, ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, à expressão “função social” pode ser atribuído sentido vinculado à Justiça Social. O proprietário deve utilizar a sua propriedade comprometido com a realização de uma sociedade mais justa e igualitária, equilibrando, ainda, variáveis como desenvolvimento econômico sustentável e preservação ambiental.

A tese fundada no equilíbrio entre o público e o privado é, pois, aquela que melhor se adequa ao texto constitucional.

Como visto, o artigo 1º da Carta Maior adota o princípio da livre iniciativa como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais adiante, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o direito de

⁴⁷ A noção de que a propriedade deva cumprir uma finalidade economicamente útil é também apresentada por Carlos Ari Sundfeld. O aludido autor, em sua obra “Função Social da Propriedade”, assinala que por meio do princípio da função social da propriedade, atribuiu-se aos particulares uma função quase pública, impingindo-lhes deveres. E, sendo assim, a propriedade deve estar orientada a uma finalidade útil, decorrente da conjugação de elementos como a propriedade e a Justiça Social, ambos presentes na Constituição Federal, no capítulo que trata da ordem econômica (p. 3-17).

⁴⁸ *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade...*, p. 43.

propriedade é claramente assegurado a todos os indivíduos (artigo 5º, inciso, XXII). Por fim, no capítulo que trata dos princípios gerais da ordem econômica, novamente figura o direito de propriedade como princípio maior, ao lado da livre iniciativa, dentre outros (artigo 170, inciso II).

Não há como, nesse contexto, pretender-se afirmar que a Constituição Federal acabou por eliminar ou gravemente restringir a propriedade privada, em decorrência da adoção, em nosso sistema constitucional, do princípio da função social da propriedade. Mais do que isso, a partir do momento em que a propriedade não restou eliminada, tem-se que o direito de propriedade continua caracterizado como direito individual, passível, pois, de proteção nesses termos. A adoção de princípios capitalistas, fundados em uma economia de mercado, não permite esvaziar o conteúdo do direito de propriedade. Confira-se, a esse respeito, o que diz Luís Roberto Barroso:

“A despeito de seus discutíveis antecedentes – estigmatizados pelo patrimonialismo e pela apropriação privada –, o Estado foi depositário de uma série de expectativas do constituinte de 1988. A verdade, todavia, é que o modelo de maior intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do Estado como protagonista do processo econômico. Além da simbologia radical da queda do muro de Berlim, a verdade inafastável é que mesmo em países de tradição social-participativa, como Reino Unido e França, houve uma inequívoca redefinição do papel do Estado.

No Brasil, o tema ainda vive momentos de efervescência política e jurídica. O Estado, seu tamanho e seu papel estão no centro do debate institucional e ainda mobilizam paixões antagônicas. Não é irrelevante observar, todavia, que a reforma do Estado (econômica, administrativa, previdenciária), nas duas dimensões constitucional e legislativa, foi aprovada com índices expressivos de apoio de opinião pública e parlamentar. Sem embargo de outras cogitações mais complexas e polêmicas, é fora de dúvida que a sociedade brasileira vem crescentemente rejeitando a idéia de um Estado volumoso e ativo no campo econômico” ⁴⁹.

Esse regime constitucional, típico de uma sociedade capitalista, organizada em torno de um Estado Social e Democrático de Direito, não permite que o Estado, de modo arbitrário, se aposses do patrimônio privado. Mais do que isso, passa a ser atribuição estatal garantir a segurança jurídica necessária para que investidores e outros agentes econômicos possam atuar. Buscar obter, a partir do princípio da função social da propriedade, um permissivo genérico que permita ao Estado, ao seu livre arbítrio, privar o proprietário de determinadas faculdades que são inerentes ao próprio direito de propriedade é medida que, certamente, não atende à “constituição econômica” brasileira.

⁴⁹

Regime Constitucional do Serviço Postal, p. 147. Luís Roberto Barroso prossegue, afirmando que “a concordância ou discordância em relação a este formato de Estado – fundado, essencialmente, no mercado e na livre concorrência – podem e devem ser manifestadas nas instâncias próprias. Não se pode, todavia, negar ou falsear uma ordem legitimamente em vigor. É preciso evitar, aqui, uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (Ibidem, p. 148).

Nega-se, à luz de tais considerações, a noção de que o princípio da função social da propriedade possa funcionar como “uma porta aberta” para que o Estado comande livremente os agentes econômicos que atuam no mercado imobiliário, chegando, até mesmo, a privá-los, por exemplo, do direito de construir sobre o solo urbano sem a adequada compensação.

Por outro lado, os mesmos dispositivos constitucionais acima referidos também deram especial importância ao princípio da função social da propriedade. O artigo 3º, inciso I, diz ser objetivo da República do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. No artigo 5º, o princípio em tela também é tratado como uma garantia fundamental, ao lado do inciso que garante o direito de propriedade, proclamando que esta cumprirá sua função social. Por fim, a função social, em termos gerais, está indiretamente refletida nos princípios da ordem econômica, que determinam a defesa do meio ambiente (artigo 170, inciso VI) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 170, inciso VII), repetindo a redação dos artigos introdutórios do Texto Maior.

Como visto no capítulo acima, o conflito entre princípios constitucionais, diferentemente do que ocorre com a interpretação de normas, não se opera na modalidade “tudo ou nada”, mas sim “mais ou menos”. Antes, portanto, de se declarar a prevalência ou não do princípio da função social da propriedade em relação ao direito de propriedade, é preciso reconhecer que ambos, na qualidade de princípios estruturantes de todo o sistema constitucional

(inclusive da própria ordem urbanística), co-existem e, assim, devem ser interpretados. Um justo equilíbrio, como já se disse.

É evidente, portanto, que o direito de propriedade continua sendo protegido como direito individual, dotado de suas características essenciais, quais sejam, usar, fruir e dispor. Todavia, o conteúdo tradicional da propriedade, em face do princípio da função social da propriedade, sofreu determinada conformação, de modo que tais faculdades não mais são ilimitadas. Restaria, pois, analisar até que ponto tais restrições passariam a interferir no direito de propriedade, passando a ser passíveis de indenização.

Quanto a esse aspecto, a noção de função, desenhada pelo Direito Público constitui importante elemento para a definição do conteúdo do princípio da função social da propriedade. A expressão “função” reconhece a faculdade de determinado indivíduo de exercer poderes, não em seu benefício próprio, mas no interesse coletivo, com vistas ao atendimento de determinada finalidade. É o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-los. Logo, tais poderes são instrumentos ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-

se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade ‘deveres poderes’, no interesse alheio”⁵⁰.

Tal equilíbrio, amalgamado à idéia de função, de dever-poder, significa dizer que a eleição do princípio da função social da propriedade como garantia fundamental, conformador da propriedade e do exercício do direito a ela correspondente, mesclou o poder do proprietário de livremente usar a propriedade, segundo suas funções clássicas – *i.e.*, usar, gozar e dispor –, dirigindo sua utilização, entretanto, a uma finalidade social, à satisfação, ainda que indireta, das necessidades da sociedade⁵¹.

Sobre o tema, diz Carlos Ari Sundfeld: *“Como se vê, ao acolher o princípio da função social da propriedade, o Constituinte pretendeu imprimir-lhe uma certa significação pública, vale dizer, pretendeu trazer ao direito privado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade. Não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário”⁵²*. Evidentemente, não custa repetir, toda a restrição a que aqui se refere não tem o condão de extinguir a propriedade privada. Aquelas faculdades clássicas já referidas acima, e como se verá adiante, continuam integrando a esfera de direitos do proprietário.

Em conclusão, e à luz do que diz Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito de não ser a propriedade uma função social, a propriedade, além daquelas características tradicionais acima referidas, deve, especialmente a partir

⁵⁰ *Curso de Direito Administrativo*, p. 21.

⁵¹ Yara Police Monteiro, *A Função Social da Propriedade...*, p. 48.

⁵² *Função Social da Propriedade*, p.4-5.

da Constituição Federal de 1988, atingir também uma finalidade economicamente útil, cumprindo a sua vocação e as potencialidades a ela inerentes e, ainda, estar orientada à Justiça Social. Isso significa dizer, em outras palavras, que ao proprietário continua sendo assegurado o direito de dispor de sua propriedade livremente, nos limites da legislação aplicável e das limitações administrativas vigentes, desde que orientada a uma finalidade economicamente útil, evitando-se a especulação imobiliária, o abandono, a degradação e a agressão do meio ambiente, propiciando, sobretudo, o desenvolvimento. Ratifica-se, assim, o entendimento acima apresentado no sentido de que a propriedade não é uma função social, mas está impregnada de uma função social.

2.2. A função da propriedade urbana

2.2.1. A função social da propriedade urbana e da propriedade rural na constituição federal. Repartição constitucional de competências

A Constituição Federal distinguiu a propriedade urbana da propriedade rural. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a Constituição delimitou o campo de aplicação do princípio da função social da propriedade na área urbana a uma adequação ao Plano Diretor do Município, de modo a obrigar o proprietário do terreno não construído a nele edificar ou proceder ao seu parcelamento. Por outro lado, na área rural, o aludido princípio está vinculado à

correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição, visando atender ao bem-estar social da coletividade⁵³. São claramente diferentes tipos de propriedade e, como tal, devem ser tratadas.

A propriedade rural é regulada no artigo 186, que define os requisitos básicos que por ela devem ser atendidos. O detalhamento de tais requisitos incube a lei específica (tal como o Estatuto da Terra), a qual ajudar a compor o conjunto de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social que incumbem à União Federal editar (artigo 21, inciso IX).

No que tange à propriedade urbana, a Constituição Federal não oferece os requisitos mínimos que devem ser observados para o cumprimento da função social da propriedade. Ao legislador infraconstitucional foi delegada a função de dar maior densidade normativa ao princípio em comento, seja por meio da edição de lei geral, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10.07.2001, ou pela produção dos planos diretores municipais. Mister, portanto, melhor compreender o sistema constitucional de repartição de competências, tanto material, como legislativa, em matéria urbanística.

A política de desenvolvimento urbano acompanha, a exemplo de outros temas e matérias, a repartição de competências estabelecida pela Constituição Federal, a qual está orientada pela predominância do interesse. À

⁵³ *Direito Administrativo*, p. 124.

União incumbem assuntos de interesse geral; aos Estados-membros, interesse regional; e aos Municípios, interesse local.

À luz da predominância dos interesses, compete à União, no campo material, da execução de políticas públicas, não apenas a elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, como, também, instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (artigo 21, incisos IX e XX). No campo legislativo, a competência para legislar sobre Direito Urbanístico é concorrente (artigo 24, inciso I), cabendo à União o estabelecimento de normas gerais, de modo a traçar as diretrizes de uma política geral e uniforme para o desenvolvimento urbano, as quais poderão ser completadas pelos Estados-membros e pelos Municípios, além do Distrito Federal.

Aos Estados compete a legislação suplementar (artigo 24, parágrafo 1º) e a exclusividade no planejamento regional relativo à integração, organização e execução de funções públicas de interesse comum aos Municípios limítrofes, constituídos em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (artigo 25, parágrafo 3º).

Os Municípios têm papel de suma importância na organização e execução das políticas urbanas, como se observa do *caput* do artigo 182 da Constituição Federal: “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal (...)”. Ainda no campo material, os Municípios deverão “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante

planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano" (artigo 30, inciso VIII).

No que se refere à competência legislativa, aos Municípios, além da competência complementar para legislar sobre normas de Direito Urbanístico, em consonância, com a legislação geral editada pela União, *in casu*, o Estatuto da Cidade, é assegurada a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (artigo 30, inciso I) e suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, inclusive Direito Urbanístico (artigo 30, inciso II). Além disso, determina o parágrafo primeiro do artigo 182 da Constituição Federal, que "*o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana*". Em outras palavras, é de competência exclusiva dos Municípios editarem seus respectivos planos diretores, instrumentos básicos para a execução da política de desenvolvimento urbano e para a definição do conteúdo da função social da propriedade urbana (artigo 182, parágrafo segundo).

Verifica-se, pois, que a execução da política urbana pelos Municípios está vinculada aos termos do Estatuto da Cidade e, ainda, à edição de plano diretor próprio, antes obrigatório consoante o artigo 182, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, para cidades com mais de vinte mil habitantes e, agora, com a edição do Estatuto da Cidade, cogente para tais cidades, além daquelas que integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; daquelas onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no parágrafo quarto do artigo 182 da Constituição Federal – quais sejam, parcelamento ou

edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos –; de cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico e, por fim, daquelas cidades inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

Desse modo, diferentemente do que ocorre, como visto, com relação à propriedade rural, no caso da propriedade urbana, a Constituição Federal não ofereceu os elementos mínimos que deveriam ser observados para que haja o cumprimento da função social da propriedade urbana. Esta observará, além das linhas genéricas estabelecidas pelo texto constitucional, as normas gerais constantes do Estatuto da Cidade e, ainda, as diretrizes específicas constantes do plano diretor de cada um dos Municípios.

2.2.2. A função social das cidades

Em acréscimo ao acima exposto, a função social da propriedade urbana está diretamente vinculada à função social das cidades, como consta do *caput* do artigo 182 da Constituição Federal: “a *política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*”. A propriedade urbana deve estar voltada, pois, à garantia do bem-estar dos habitantes da cidade em que esteja localizada.

O conceito não é novo, decorrendo da interpretação que deve ser feita de inúmeros outros dispositivos da Constituição Federal. O artigo 170 determina que a ordem econômica, baseada em princípios como a proteção ao direito de propriedade e a sua função social, deve *“assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”*. Mais adiante, o artigo 225, quando trata da proteção ao meio ambiente, traz conceitos como a sadia qualidade de vida, que deverá ser preservada para as presentes e futuras gerações.

A função social das cidades é, ainda, usualmente identificada às funções urbanísticas que uma cidade deve propiciar apresentadas no item 77 da Carta de Atenas, elaborada a partir das conclusões do IV Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em Atenas no início da década de 1930: habitação, condições adequadas de trabalho, recreação e circulação⁵⁴. Daniela Campos Libório di Sarno vai além e propõe que a proteção ao meio ambiente e à qualidade de vida também passem a ser funções vitais de uma cidade e, assim, passíveis de proteção:

“As funções da cidade foram consagradas, durante o século XX, delimitando, no urbanismo e no Direito Urbanístico, seus objetos de preocupação (lazer, moradia, circulação e trabalho) e a área de atuação (cidade).

Entretanto, as transformações sociais ocorridas durante este último século fizeram evoluir este enfoque. Houve acréscimo de valores,

⁵⁴José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 77.

*além da inserção de novos elementos na coordenação de espaços habitáveis. Meio ambiente e qualidade de vida, hoje, estão necessariamente no rol das preocupações do Poder Público e da sociedade*⁵⁵.

A mesma linha, ainda que em outras palavras, é defendida por Odete Medauar. Para a Autora, *“nas funções sociais da cidade se entrevê a cidade como locus não somente geográfico e de reunião de pessoas, mas como o espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural*⁵⁶. Ainda segundo Odete Medauar, o desenvolvimento de cidades está intimamente ligado ao conceito de “cidades sustentáveis”, derivado do direito ambiental, por meio do qual se deve entender *“aquelas em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida urbana digna para todos*⁵⁷. De novo, como se verifica, as funções essenciais das cidades, quais sejam, trabalho, transporte, habitação, lazer, meio-ambiente e qualidade de vida, aparecem repetidas.

A propriedade urbana e a função social cujo cumprimento dela se exige, devem, pois, estar inseridas nesse contexto criado com relação às cidades. Logo, a par de cumprir aqueles elementos genéricos pertinentes à função social da propriedade como um todo, lembre-se, busca de uma finalidade economicamente útil e de Justiça Social, a propriedade urbana deve, também,

⁵⁵ *Elementos de Direito Urbanístico*, p. 87.

⁵⁶ *Estatuto da Cidade*, p. 25-26.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 27.

propiciar o atendimento das funções urbanísticas de uma cidade, sempre voltada ao bem-estar dos habitantes da cidade.

Isso não significa dizer, por óbvio, que a propriedade urbana deva, agora, ser destinada ao lazer de todos ou, então, dividida, de modo a solucionar o problema habitacional presente nas grandes cidades. Nesse caso, estar-se-ia cogitando da extinção do direito de propriedade e da própria propriedade, que passaria a ser um bem coletivo, o que, como visto acima, não se admite em face do tratamento constitucional dado à matéria⁵⁸. As funções de uma cidade são cláusulas genéricas, que, tais quais os princípios, demandam densidade normativa. Logo, a propriedade urbana deve atingir uma finalidade economicamente útil e, como parte do tecido urbano, deve propiciar o atendimento das funções urbanísticas de uma cidade, sempre dentro de um sistema de equilíbrio. Novamente, concluímos, nesse ponto, que a diretriz genérica está voltada à vedação da especulação imobiliária, do abandono ou da subutilização da propriedade, enfim daqueles meios de uso – ou de não uso – que inviabilizam o cumprimento das funções urbanísticas acima mencionadas.

2.3. Plano diretor e função social da propriedade urbana

Como se viu, o conteúdo da função social da propriedade urbana não se esgota nas proposições genéricas relativas à função social da propriedade

⁵⁸

A esse respeito, Cristiane Derani bem lembra que a apropriação do patrimônio público está intimamente ligada à individualização. Logo, para que seja possível vincular-se a propriedade privada ao interesse público, é indispensável que, antes, seja a propriedade privada garantida e protegida (*in Tutela Jurídica da Apropriação do Meio Ambiente, passim*).

decorrentes de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, passando pela análise e estudo do Estatuto da Cidade e do plano diretor de cada Município.

A definição dos critérios que deverão ser atendidos pela propriedade urbana para o cumprimento de sua função social fica a cargo dos planos diretores dos Municípios. Como consta do artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal, a *“propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”*. Como se verifica, o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana não decorre diretamente do texto constitucional, dependendo da edição de um plano estatal, no caso o plano diretor, que é definido pela Constituição Federal como o *“instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”* (artigo 182, parágrafo 1º).

Cabe aqui um necessário parêntese: muito embora o texto constitucional faça referência ao plano diretor, a nosso ver, a função social da propriedade urbana deve ser definida por planos urbanísticos em geral e não apenas pelo plano diretor. Isso porque, do parágrafo primeiro do aludido artigo 182, observa-se que o plano diretor é instrumento básico de planejamento urbano, não sendo, assim, o único. Até mesmo porque, aquelas cidades com menos de vinte mil habitantes não estão obrigadas, pela dicção constitucional, a elaborar seus respectivos planos diretores e, nem por isso, estão as propriedades urbanas inseridas em tais Municípios desincumbidas de cumprir suas respectivas funções sociais.

Cremos, pois, que a propriedade urbana, naqueles Municípios em que não haja plano diretor, cumpre sua função social quando garante o bem-estar dos habitantes da cidade e atende à Justiça Social, nos termos já acima expostos, partindo-se, necessariamente, de um plano urbanístico que pode coincidir ou não com as características de um plano diretor oferecidas pelo Estatuto da Cidade. Confira-se, nesse sentido, a lição de Rogério de Gesta Leal:

“Em outras palavras o Plano Diretor é essencial na implementação das políticas urbanas, mas não nos parece coerente retirar a validade de determinadas normas que visem a dar à cidade uma função social, somente por não estarem inseridas neste ou naquele instrumento legal. Isto porque, a nosso ver, o princípio constitucional legitima qualquer ação neste sentido. O plano diretor é o instrumento básico para definir os critérios da política urbana, mas não é o único, até porque estes preceitos devem ser respeitados pelas cidades com menos de vinte mil habitantes. O importante é que os Municípios trabalhem com a questão e se preocupem com os destinos de sua cidade, ainda que o Plano Diretor seja, sem qualquer sombra de dúvida, o instrumento adequado para fazê-lo”⁵⁹.

Não obstante tal discussão a respeito de estar a função social da cidade, obrigatoriamente ou não, vinculada à edição de um plano diretor, resta clara a importância da planificação, no que diz respeito à propriedade urbana. É o plano diretor de cada Município – ou qualquer outro plano que exerça o mesmo

⁵⁹

Direito Urbanístico, p. 160-161.

papel – que delineará a função social da propriedade urbana naquele determinado espaço. Voltaremos ao tema da planificação mais adiante, na medida em que ocupa papel central na discussão a respeito da desvinculação do direito de construir do direito de propriedade.

À luz do que dispõe o artigo 182 da Constituição Federal, a planificação urbana, da qual o plano diretor é o instrumento básico, foi elevada à categoria de instrumento jurídico indispensável à adoção de políticas urbanas⁶⁰. Com efeito, na medida em que o plano diretor oferece maior densidade normativa ao princípio da função social da propriedade, juridiciza as condutas que devem ser seguidas pelos proprietários urbanos. Logo, é possível, diante de um determinado plano diretor, determinar-se qual ou quais medidas devem ser tomadas com vistas a dar à propriedade urbana o melhor aproveitamento econômico possível, sem se distanciar, contudo, da Justiça Social⁶¹.

Cumpre, nesse estágio, ainda que de maneira breve, apresentar algumas considerações a respeito da natureza jurídica do plano diretor. É o que se passa a fazer no item a seguir.

⁶⁰ Jacintho Arruda Câmara, *Plano Diretor*, p. 307.

⁶¹ Quanto a esse aspecto, a necessidade de que valores estejam juridicizados, confira-se o que diz Márcio Cammarosano: “O direito positivo, por sua vez, consagra valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, inclusive desta ou daquela ordem moral. E também há padrões de comportamento consuetudinariamente consagrados que, se compatíveis com aqueles juridicamente positivados, podem ser invocados no mundo do direito”. Mais adiante o autor continua: “A chamada leitura ideológica das normas jurídicas deve estar comprometida, portanto, com os valores albergados no direito positivo, e por essa razão, e não com esta ou aquele ideal de justiça, consubstanciado nas convicções pessoais de quem quer que seja, ou numa suposta justiça absoluta, universal” (in *O Princípio Constitucional da Moralidade...*, f. 82-83).

2.3.1. O plano diretor como instituto jurídico e técnico

Não há consenso na doutrina a respeito da natureza jurídica do plano diretor. Há autores, como Victor Carvalho Pinto que, sem negar o fato de ser o plano diretor aprovado por lei municipal, lhe atribui caráter técnico, norteador do desenvolvimento e da urbanização do território do Município⁶². José Afonso da Silva, por seu turno, assinala que as diretrizes do plano diretor são incorporadas ao texto da lei que o aprova, uma vez que no Brasil ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer nada, senão em virtude de lei⁶³.

Victor Carvalho Pinto, ao abordar o tema, ressalta que o plano diretor não pode ser compreendido como uma lei propriamente dita. Faltam-lhe, nas suas palavras, a abstração e generalidade inerentes às leis: *“a lei deve ser genérica, tratando igualmente todas as pessoas. As regras estabelecidas pelo plano diretor não são gerais, mas específicas para cada zona em que divide a cidade”*⁶⁴.

Muito embora a aprovação do plano diretor, por força da Constituição Federal, incumba ao poder legislativo municipal, não há, no texto constitucional, nenhuma menção ao instrumento jurídico por meio do qual a aprovação deverá ocorrer, o que só ocorre, na realidade, com a edição do Estatuto da Cidade, que em seu artigo 40 estabelece ser a lei municipal o instrumento adequado para a aprovação do plano diretor. Em grossa comparação, Victor Carvalho Pinto defende que o ato legislativo de aprovação de

⁶² *Direito Urbanístico*, p. 257.

⁶³ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 143.

⁶⁴ *Direito Urbanístico*, p. 257.

um plano diretor é semelhante àquele ato administrativo que autoriza a expedição de uma licença. Um projeto de uma edificação não se confunde com a licença, mas é por ela aprovado. Formalmente, portanto, o plano diretor é apenas um anexo à lei municipal que o tenha aprovado, podendo, assim, ao menos em tese, ser impugnado pelos mesmos meios que são utilizados para a impugnação de atos administrativos em geral, como o mandado de segurança e a ação civil pública⁶⁵.

A. M. Sandulli, autor italiano, também identifica os planos diretores com os atos administrativos. No seu entender, estes planos contêm uma disciplina diferenciada para cada parte do território urbano, tomando em consideração os aspectos e os interesses próprios de um espaço singular, não se diferenciando, pois, de outros atos administrativos destinados a impor ônus diversos sobre determinada propriedade imóvel urbana⁶⁶.

Ainda que seja discutível a possibilidade de comparação entre o plano diretor e o ato administrativo, o que não se pode negar é que o plano diretor reúne inúmeros elementos técnicos que norteiam o desenvolvimento da urbe. Victor Carvalho Pinto bem elucida a natureza técnica dos planos diretores:

“Todo o conteúdo plano diretor (sic), como o traçado do sistema viário, a localização das praças e a definição de índices urbanísticos, é de natureza técnica. As regras de parcelamento, uso e ocupação do solo constantes do plano diretor não são projetos, mas dizem

⁶⁵ Ibidem, p. 255.

⁶⁶ Apud, Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 503.

respeito à elaboração de projetos. Definem parâmetros para a posterior elaboração dos projetos de obras públicas, loteamentos e edificações. A definição dos usos e dos índices urbanísticos, como coeficientes de aproveitamento, taxas de ocupação, alturas de prédios, recuos frontais, laterais e de fundos, áreas e testadas mínimas de lotes e largura de ruas também constituem matéria técnica, por exigirem conhecimentos específicos para que possam ser elaboradas e até compreendidas. O plano diretor deve ser considerado, portanto, um documento técnico de urbanismo, que só pode ser elaborado por profissionais legalmente habilitados”⁶⁷.

Não há como se refutar os argumentos apresentados por Victor Carvalho Pinto concernentes ao plano diretor. Tal documento é, de fato, um documento técnico, elaborado por arquitetos e urbanistas. Não temos como admitir, entretanto, que seja o plano diretor unicamente um documento técnico. Aliás, o mesmo tipo de questionamento seria possível em relação às normas ambientais, edilícias ou de vigilância sanitária, por exemplo, nas quais a absoluta prevalência de aspectos técnicos não as desnatura como normas jurídicas.

Com efeito, a Constituição Federal estabeleceu uma estrutura baseada em instrumentos legais no que diz respeito ao planejamento urbano. Primeiro, previu a edição do Estatuto da Cidade e, em segundo lugar, alçou o plano diretor ao papel de instrumento básico da política de desenvolvimento do Município. Além disso, todos aqueles instrumentos de que trata o Estatuto da

⁶⁷

Ibidem, p. 254.

Cidade, alguns deles de raízes constitucionais, como é o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, dependem da aprovação de lei municipal específica, editada com base no plano diretor para serem implementados. De mais a mais, inúmeros municípios, como é o caso de São Paulo, identificam os seus respectivos planos diretores a leis, que deverão ser aprovadas, em geral, como leis ordinárias. Outros Municípios, como é o caso de Campinas, exigem, inclusive, quorum qualificado para a aprovação do plano diretor, que deverá, naquele Município, corresponder ao de uma lei complementar.

Não haveria, pois, como se negar o caráter normativo do plano diretor. Até mesmo porque, como lembra José Afonso da Silva, a aprovação do plano diretor por lei *“é uma exigência do princípio da legalidade no sistema brasileiro, que não admite que se crie obrigação e se imponha constrangimento senão em virtude de lei”*. Termina o autor por concluir que *“os elementos do plano ficam fazendo parte integrante dessa lei, transformando-se, pois, em normas jurídicas”*⁶⁸.

O caráter normativo do plano diretor também é afirmado por Fernando Alves Correia, autor português, que, fazendo comentários sobre a natureza dos planos urbanísticos portugueses, afirma que ditos planos, em sua parte “regulamentar”, definem *“o conteúdo do direito de propriedade do solo, contendo, deste modo, preceitos jurídicos criados ex novo, que não constam de quaisquer instrumentos normativos anteriores”*⁶⁹. Em outras palavras, na medida em que os planos diretores, ou planos urbanísticos em geral, conformam o direito

⁶⁸ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 143.

⁶⁹ *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 529-530.

de propriedade, criando verdadeiras normas jurídicas, não haveria como se negar o seu caráter legal.

É bastante difícil, como se verifica, definir o plano diretor como sendo apenas um instrumento técnico ou, então, legal. Há elementos, em ambas as correntes, que não podem ser rejeitados, uma vez que expressam corretamente, cada um a seu modo, aspectos particulares dos planos diretores. Preferimos ficar, assim, com Hely Lopes Meirelles, para quem o plano diretor “*é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global e constante dos Municípios, sob os aspectos físico, social, econômico e administrativo*”⁷⁰. Em síntese, portanto, trata-se de verdadeiro instrumento técnico-legal, razão pela qual se justifica toda a organização espacial de determinado Municípios e, por outro lado, como instrumento legislativo, atribui maior densidade normativa ao princípio da função social da propriedade.

A opção por definir o plano diretor como um instrumento técnico-legal é, aliás, a que nos parece melhor se adequar ao texto constitucional. De fato, por um lado, como instrumento legal, atribui-se ao plano diretor o caráter cogente que o princípio da legalidade exige, obrigando a todos aqueles que habitam ou utilizam as cidades. Por outro lado, como verdadeiros planos técnicos que são, aos planos diretores é assegurado certa hierarquia com relação às demais leis municipais que versam sobre urbanismo.

⁷⁰

Direito de Construir, p114.

Caso se considere o plano diretor como mero instrumento legal, nada o separa das demais leis do Município, autorizando-se cada vereador a propor, segundo suas convicções, alterações no zoneamento do Município, alteração de gabaritos etc. Na prática, tal visão acaba por tornar o zoneamento de muitas cidades verdadeiras colchas de retalho, o que deve ser veemente combatido.

O caráter técnico e fundante do plano diretor – assegurado, lembre-se, pela Constituição Federal –, voltado à ordenação e ao planejamento do território do Município, é que lhe assegura prevalência na estrutura legislativa municipal. Assim, inviabiliza-se a alteração do plano diretor por iniciativa dos vereadores. Ao contrário, toda a discussão envolvendo alterações do plano diretor deve ser discutida tecnicamente, junto aos órgãos competentes do Poder Executivo e à própria sociedade, para, então, ser aprovada pelo Poder Legislativo municipal (como, por sinal, exigem o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, Lei nº 13.430, de 13 de setembro de 2002).

Essa posição hierárquica superior dos planos diretores em relação às demais leis municipais encontra-se muito mais em um campo prático do que legal. Não se pode refutar, entretanto, o argumento de que a Constituição Federal elegeu o planejamento, seja em matéria orçamentária, seja em questões urbanísticas, como corolário do princípio democrático. Ora, se o planejamento urbano é imposição constitucional, devendo nortear todo o desenvolvimento das cidades, é evidente que os planos urbanísticos prevalecem em relação às demais

leis municipais. E, repita-se, tal prevalência decorre, em grande parte, do aspecto técnico de tais planos.

Considerando, pois, ser o plano diretor um instrumento técnico-legal multidisciplinar, em que se determina o conteúdo da função social da propriedade urbana, cujas interferências no próprio direito de propriedade são inúmeras, torna-se imprescindível a participação popular e de órgãos setoriais, impactados diretamente pela edição de tal plano. Em outras palavras, o plano diretor é fruto do interesse público, resultado de aspirações da sociedade, lembrando-se que a função social das cidades deve garantir habitação, transporte, trabalho, lazer, qualidade de vida e proteção do meio ambiente.

Não é por outra razão que o Estatuto da Cidade prevê, no parágrafo quarto do artigo 40, a garantia de promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários setores da comunidade, além da necessária publicidade que deve ser dada a todo o procedimento de elaboração e aprovação do plano diretor.

2.3.2. Conclusões do tópico

Como conclusão do exposto no presente item, tem-se que a função social da propriedade urbana é resultado de um complexo de normas técnicas e legais. Sem a correta análise das diretrizes genéricas oferecidas pela Constituição Federal quanto à propriedade em geral e à propriedade urbana em específico,

sem a verificação do Estatuto da Cidade e, por fim, do plano diretor, não se pode definir o conteúdo da função social que determinada propriedade urbana deva cumprir. E o cumprimento de tal função social, como visto, não decorre apenas de normas legais, mas, antes, de normas técnicas – ainda que, posteriormente, venham elas a ser incorporadas ao texto da lei que as aprovou.

Importante ressaltar, por fim, que a função social da propriedade urbana, diante de tais considerações, demanda necessariamente maior densidade normativa, não podendo extrair-se da diretiva genérica “função social da propriedade” a conduta a ser seguida pelos particulares. Logo, caberá ao plano diretor determinar o conteúdo e o alcance dos comandos “correto aproveitamento econômico”, “Justiça Social” e “funções sociais das cidades”, oferecendo-lhes maior densidade normativa. Em última análise, portanto, o princípio da função social da propriedade urbana é cumprido quanto o proprietário obedece à “lei do plano diretor” e aos elementos técnicos que a compõem. Juridicizam-se, com isso, todos aqueles valores abstratos e genéricos que decorrem dos aludidos comandos, sem que se perca de vista os elementos técnicos que devem nortear qualquer discussão a respeito do urbanismo.

3. O DIREITO DE CONSTRUIR NO ESTATUTO DA CIDADE

3.1. Considerações gerais sobre o Estatuto da Cidade

A Lei nº 10.257, de 10.07.2001, o Estatuto da Cidade era, há muito, ansiada. Da sua edição dependia a regulamentação do artigo 182 da Constituição Federal que trata, justamente, da política urbana e dos institutos do parcelamento ou edificação compulsórios, imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo e a desapropriação mediante títulos da dívida pública, dentre outros. Mais do que isso, coube ao Estatuto da Cidade uniformizar a política urbana a ser executada pelos Municípios.

Os objetivos do Estatuto da Cidade e, novamente, da própria política urbana, são elencados no artigo 2º do referido diploma legal. Aparecem em tal dispositivo inúmeros conceitos, tais como a sadia qualidade de vida dos cidadãos, o direito a cidades sustentáveis e a garantia das funções essenciais das cidades acima relatadas. Chama-se a atenção para alguns incisos do aludido artigo 2º, os quais traduzem o que se vinha expondo até o momento.

O inciso I fala em “cidades sustentáveis”, aquelas que tenham como objetivo, além da ordenação do espaço urbano, a garantia do direito à moradia, transporte, trabalho e lazer. A proteção ao meio ambiente aparece explicitamente no inciso VI, alínea “g”, em que se estabelece que o controle do uso do solo é, também, um dos objetivos do Estatuto da Cidade, de forma a se evitar a “*poluição*”

e degradação ambiental"; e ainda no inciso XII: *"proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico"*. Tais elementos nos ajudaram, acima, a construir o conceito de função social das cidades. Nesse ponto, portanto, constituem desdobramentos das cláusulas genéricas depreendidas da Constituição Federal ou, em outras palavras, mecanismos que dão maior concretude à função social da propriedade urbana.

Os incisos II e III conjugam interesses supostamente distintos, privados e públicos, determinando que eles devam estar orientados ao atendimento do interesse social. Além de reforçar a cláusula genérica da supremacia do interesse público sobre o privado, pilar de todo o Direito Público, o aludido dispositivo traz a iniciativa privada para o centro das decisões a respeito do urbanismo (evidência essa, lembre-se, que já era apontada pelo arquiteto e urbanista Nestor Goulart Reis). A ação privada é novamente elencada no inciso XVI do mesmo artigo 2º, em que se fala na *"isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização"*.

A partir da isonomia de condições entre agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos urbanísticos, reconhece-se na ação privada, como diz Carlos Ari Sundfeld, um *"limite à auto-suficiência em matéria urbanística"*⁷¹, do que se pode concluir que a proteção aos interesses privados e, bem assim, à propriedade privada também é uma diretriz do Estatuto da Cidade.

⁷¹ O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais, p. 58.

Naturalmente, em decorrência das próprias diretrizes constitucionais que permeiam toda a política urbana, a proteção aos interesses privados sofreu refreamentos. O inciso V, alínea “d”, do mencionado artigo 2º, fala em se evitar “a *instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente*”. O inciso IX traduz um dos princípios do Direito Urbanístico ao elencar a “*justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização*”, repetido, em outras palavras, no inciso XI: “*recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos*”.

Em grande síntese, todos os dispositivos legais acima citados, assim como todos os demais que compõem o elenco de objetivos do Estatuto da Cidade, traduzem o justo equilíbrio entre o público e o privado, decorrência direta do princípio da função social da propriedade. Impende notar, entretanto, que tal princípio não foi tratado isoladamente. Protegeu-se, também, o princípio da livre iniciativa, os interesses dos agentes privados e, bem assim, a propriedade privada.

O Estatuto da Cidade, portanto, não se distanciou dos parâmetros e diretrizes oferecidos pela Constituição Federal a respeito da política urbana, muito embora, não se possa negar, tenha sido dada maior ênfase ao aspecto social da política urbana do que à proteção de interesses privados. De toda forma, mesmo por meio da instituição de uma Direito Urbanístico popular, o Estatuto da Cidade visou “a *transferência dos grupos marginalizados para dentro do mundo jus-*

*urbanístico (pela criação de novos instrumentos para o acesso à propriedade formal, bem como de medidas para a regularização fundiária urbana e para a regularização das urbanizações clandestinas)*⁷². Em outras palavras, permitir que todos tenham acesso à propriedade privada é um dos principais objetivos do Estatuto da Cidade.

Ainda no que tange às considerações preliminares propostas, veja-se que o Estatuto da Cidade, a exemplo do que já o fizera a Constituição Federal, colocou o plano diretor no centro do planejamento urbano, qualificando-o como o *“instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana”* (artigo 40). Depende da sua edição não apenas a definição da função social da propriedade urbana, como dito acima, mas, também, a aplicação dos instrumentos da política urbana, como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir. Trataremos deles a seguir.

3.2. Solo criado

O solo criado ainda é, certamente, um dos institutos mais polêmicos do Direito Urbanístico, principalmente porque, na visão de grande parte da doutrina, importa assumir a desvinculação do direito de construir do direito de propriedade.

⁷²

Ibidem, p. 59.

A noção de solo criado parte da idéia de que é possível a criação artificial de área horizontal. Construindo-se um, dois, três, quantos sejam pavimentos além daquele edificado diretamente sobre o solo, se está criando área horizontal. A criação de área horizontal pode significar o crescimento desordenado das cidades, na medida em que representa, necessariamente, um maior adensamento populacional e, assim, o incremento da demanda por infraestrutura pública urbana. É em função de tal constatação, que o instituto do solo criado, cuja definição se verá adiante, assume especial importância no planejamento urbano.

No Brasil, o tema do solo criado começou a ser discutido mais fervorosamente por conta da edição da Carta de Embu, em 1976, fruto de seminário promovido pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Administração Municipal – CEPAM, órgão então vinculado à Secretaria do Interior do Estado de São Paulo. A leitura das premissas e fundamentos da Carta de Embu, contidas em seus *consideranda*, permite melhor compreender o instituto do solo criado:

“Considerando que, no território de uma cidade, certos locais são mais favoráveis à implantação de diferentes tipos de atividades humanas; 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 o solo natural; Considerando que a legislação de uso do solo procura limitar esse 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^{m73}.

A partir de tais premissas, a Carta de Embú estabelecia que poderia ser criado um coeficiente único de edificação para todos os terrenos urbanos do

73

José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 267-268.

Município, sendo que toda construção que ultrapassasse tal coeficiente seria considerada solo criado. O aludido documento também previa que o “*criador de solo deverá oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano reclamado pela criação do solo adicional*”, princípio esse que, como se viu foi repetido por diversas vezes no Estatuto da Cidade, principalmente quando o artigo 2º, inciso IX, aludiu à “*justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização*”.

À luz do que leciona a doutrina, o instituto do solo criado está intimamente ligado ao princípio da função social da propriedade. Como dito acima, tal princípio impede que a propriedade seja utilizada abusivamente, “*de modo contrário à utilidade social*”⁷⁴. O instituto do solo criado, então, passaria a ser um instrumento que visaria melhor distribuir os ônus e bônus decorrentes da criação de área horizontal, impedindo o uso abusivo da propriedade, prestigiando, pois, o princípio da função social da propriedade.

Como já referido, o princípio da função social da propriedade deve ser interpretado como sendo a conjugação da busca, pelo proprietário, de uma finalidade economicamente útil e ambientalmente saudável à sua propriedade, cumprindo a sua vocação e as potencialidades a ela inerentes, devendo tal propriedade estar, ainda, orientada à Justiça Social. É evidente, portanto, que a edificação em diferentes pavimentos por si só não pode acarretar no descumprimento da função social da propriedade. Mas, quando se tem em mente o sobrecarregamento da infra-estrutura urbana e o adensamento populacional

⁷⁴Eros Roberto Grau, *Direito Urbano*, p. 65.

desordenado, por exemplo, conseqüências que devem ser evitadas por um urbanismo adequado, e que, por isso, compõem o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana, fica claro ser o instituto do solo criado um instrumento passível de coibir tais conseqüências, na busca de cidades sustentáveis.

A íntima ligação entre o instituto em comento e o princípio da função social da propriedade acarretaria, na visão de grande parte da doutrina que tratou do assunto, no reconhecimento da desvinculação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Tal se deve na medida em que não seria lícito ao proprietário edificar em seu terreno acima do coeficiente básico de aproveitamento sem a aquisição de potencial construtivo, pertencente, no caso, ao Poder Público Municipal.

Como diz Diógenes Gasparini, a partir da coeficiente básico de aproveitamento, *“qualquer edificação acima ou abaixo da superfície caracteriza-se, potencialmente, como solo criado pertencente ao Município, que poderá dar a tal direito o destino que melhor satisfaça o interesse público, permitindo ou não sua utilização pelo proprietário”*⁷⁵. Nessa mesma linha Eros Roberto Grau, para quem *“tudo quanto exceder ao ‘padrão’ definido – inclusive o direito de criação de novos solos – não é inerente à propriedade”*⁷⁶.

O que se verifica, portanto, é que o instituto do solo criado, adotado expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro com a edição do Estatuto da

⁷⁵ O Estatuto da Cidade, p. 169.

⁷⁶ Direito Urbano, p. 62.

Cidade, está diretamente relacionado à discussão proposta. Voltaremos a esse tema na terceira parte do presente trabalho.

A partir de tais premissas, pode-se, já, fixar um conceito de solo criado. Segundo Ricardo Pereira Lira, definiu-se Solo Criado como sendo a criação de áreas adicionais de piso utilizável não apoiadas diretamente sobre o solo: *“a idéia do Solo Criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo. É partindo-se dessa idéia que se pode chegar a uma concepção de Solo Criado ‘strictu sensu’, quando se terá que Solo Criado é o excesso de construção (piso utilizável) superior ao limite estabelecido em função do coeficiente único de aproveitamento”*⁷⁷.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, define-se solo criado da seguinte maneira:

*“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 edilícias 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”*⁷⁸.

⁷⁷ Elementos de Direito Urbanístico, p. 180-181.

⁷⁸ Estudos e Pareceres de Direito Público, p. 333.

Eros Roberto Grau ensina que *“passou-se a entender como solo criado o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento. Tudo quanto se construa, pois, além do quantum convencionado em tal coeficiente, inclusive no andar térreo, é entendido como solo criado”*⁷⁹.

O que se verifica, portanto, é que a noção de solo criado passa, necessariamente, pela de coeficiente único de aproveitamento do solo urbano. Novamente segundo a lição de Eros Roberto Grau, *“o coeficiente de aproveitamento expressa a relação entre a área construída (isto é, a soma das áreas dos pisos utilizáveis, cobertos ou não, de todos os pavimentos de uma edificação) e a área total do terreno em que a edificação se situa”*⁸⁰.

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 28, parágrafo primeiro, conceitua coeficiente de aproveitamento como sendo *“a relação entre a área edificável e a área do terreno”*. O parágrafo segundo do mesmo dispositivo estabelece que *“o plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana”*. O que se observa, portanto, é que o Estatuto da Cidade rompeu com a tradição doutrinária que indicava o estabelecimento de um coeficiente único para todo o município, o que, destaca-se, foi objeto de críticas por parte de Floriano de Azevedo Marques Neto⁸¹.

⁷⁹ *Direito Urbano*, p. 57.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 56.

⁸¹ Diz o autor: *“Na própria gênese do instituto do solo criado estava a verificação de que o estabelecimento de coeficientes de aproveitamento diferenciados numa mesma cidade cria situações de iniquidade, além de criar valorizações desiguais da propriedade urbana,*

Desse modo, assumindo-se a possibilidade de criação de diferentes coeficientes básicos, não mais se poderia facilmente perceber qual seria o limite até o qual diferentes proprietários poderiam edificar seus terrenos, sendo necessária a análise dos pormenores da legislação de uso e ocupação do solo aplicável.

A suposta desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade se torna mais tênue, na medida em que perde o coeficiente de aproveitamento o caráter de generalidade e abstração, não permitindo, ao menos em tese, um tratamento isonômico a todos os proprietários urbanos. Dito de outro modo, e já antecipando nosso posicionamento, a adoção de coeficientes de aproveitamento diversos impede que se determine, com a necessária generalidade, qual o limite, a partir do que, o direito de construir passaria a estar desvinculado do direito de propriedade.

Restaria violado, assim, o direito de propriedade, assegurado a todos sem qualquer distinção, ao menos até o coeficiente básico de aproveitamento. Isso porque o direito de construir compõe o próprio perfil do direito de propriedade, não se admitindo distinções entre particulares quanto a esse aspecto interno. Outras limitações administrativas, entretanto, são exteriores ao direito de propriedade, não integrando o seu núcleo.

Ainda no que se refere ao coeficiente de aproveitamento, o Estatuto da Cidade (artigo 28, parágrafo 3º), à luz do princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização, determina que “o plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área”.

É importante destacar quanto a esse ponto que o solo criado relaciona-se diretamente com o zoneamento urbano. Tais limites máximos são ditados, em grande síntese, pelas normas relativas ao zoneamento urbano, uso e ocupação do solo. Nos dizeres de José Afonso da Silva, “a lei de zoneamento indicará zonas nas quais será permitido construir acima do coeficiente 1,0”⁸², regulando, portanto, em que áreas o proprietário urbano poderá adquirir “solo criado” do Poder Público Municipal. Apenas com a associação do instituto do solo criado e do zoneamento é que se podem corrigir as distorções existentes no meio ambiente urbano. Caso contrário, a simples adoção do solo criado, sem os limites máximos indicados pela lei de zoneamentos, abriria a possibilidade de aquisição indefinida de potencial construtivo.

Observa-se, assim, que a legislação aplicável criou dupla limitação ao direito de construir dos proprietários urbanos. Por um lado, estabelecendo o coeficiente de aproveitamento básico, a partir do qual se calcula o solo criado, e, de outro, o coeficiente máximo, como sendo aquele que não poderá ser ultrapassado nem mesmo pela aquisição de “solo criado” junto ao Poder Público

⁸²

Direito Urbanístico Brasileiro, p. 269.

Municipal. Naturalmente, incumbirá ao legislador municipal, à luz do Estatuto da Cidade e do plano diretor municipal, bem como das normas que o acompanham, regular tais coeficientes máximos.

O que importa notar, entretanto, é que até o coeficiente básico, todos os proprietários urbanos poderão edificar, sem a necessidade de aquisição de potencial de construção adicional. A suposta desvinculação do direito de construir do direito de propriedade que decorreria da adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do instituto do solo criado, é, pois, contraditória em si mesma, na medida em que o mesmo instituto assegura aos proprietários o direito de edificar as suas respectivas propriedades até o limite oferecido pelo coeficiente básico. Em outras palavras, ao menos até referido limite, não se pode negar que o direito de construir está amalgamado ao direito de propriedade.

3.3. Outorga onerosa do direito de construir

A outorga onerosa do direito de construir é um dos instrumentos de que o Estatuto da Cidade lança mão para atingir suas finalidades (artigo 4º, inciso V, alínea “n”), estando diretamente relacionado ao instituto do solo criado. A outorga onerosa do direito de construir é tratada pelos artigos 28 a 31 do Estatuto da Cidade, que definem os coeficientes básicos de aproveitamento e máximos.

O Estatuto da Cidade, ao tratar da outorga onerosa do direito de construir não é claro quanto às premissas conceituais adotadas⁸³. Com efeito, muito embora o título dado à Seção IX do Capítulo II da aludida lei seja o da outorga onerosa do direito de construir, estão presentes em tal seção elementos do instituto do solo criado propriamente dito, além da outorga onerosa de alteração de uso. Portanto, inicialmente é preciso diferenciar os institutos do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir.

O solo criado consiste na possibilidade, conferida pelo Poder Público Municipal, de o proprietário edificar o seu imóvel acima do coeficiente básico de aproveitamento, efetivamente “criando solo”. A outorga onerosa do direito de construir, por seu turno, é o instrumento por meio do qual se permite ao proprietário adquirir potencial adicional de construção. Em outras palavras, portanto, a *“onerosidade da outorga é, na verdade, uma consequência do estabelecimento do instituto do solo criado”*⁸⁴.

Os conceitos, assim, não se confundem. O instituto do solo criado é mais abrangente do que o da outorga onerosa do direito de construir. Logo, apenas se pode admitir a outorga de direito de construir acima do coeficiente básico de aproveitamento do solo, porque o Estatuto da Cidade adotou o instituto do solo criado e, desse modo, as consequências que decorrem de tal instituto.

⁸³ Floriano de Azevedo Marques Neto imputa a confusão conceitual criada pelo Estatuto da Cidade entre “solo criado” e “outorga onerosa do direito de construir” à carga semântica e ideológica envolvida no conceito de “solo criado”. A seu ver, *“o legislador se esquivou de designar expressamente o instituto, preferindo tratar o tema sob a designação de ‘outorga onerosa do direito de construir’”* (in *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 232).

⁸⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto, *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 232.

A sistemática adotada pelo Estatuto da Cidade não permite chegar a conclusão diversa. O artigo 28 refere-se expressamente ao instituto do solo criado: *“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”*. Estão presentes em tal dispositivo todos os requisitos exigidos pelo instituto do solo criado: a fixação de coeficientes de aproveitamento básico e a possibilidade de exercício do direito de construir acima de tais coeficientes, onde a legislação municipal permitir, mediante contrapartida a ser exigida do proprietário.

A outorga onerosa do direito de construir, por seu turno, é tratada apenas no artigo 30 da mesma norma: *“Lei municipal específica estabelecerá as condições a ser observadas para a outorga onerosa do direito de construir e da alteração de uso, determinando: I – a fórmula de cálculo para cobrança; II – os casos passíveis de isenção de pagamento e; III – a contrapartida do beneficiário”*. Definiu o Estatuto da Cidade, assim, os requisitos que devem ser observados para que seja possível a aquisição de potencial adicional de construção, permitindo a “criação de solo”.

Não obstante tais considerações, por meio das quais se verifica que os institutos do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir são distintos, não se pode deixar de confirmar a adoção, pelo Estatuto da Cidade, do instituto do solo criado. Em decorrência, a possibilidade de o proprietário, mediante contrapartida, edificar acima do coeficiente básico de aproveitamento

consistiria na consagração da desvinculação do direito de propriedade e do direito de construir. É o que assinala José Afonso da Silva:

*“Se a lei de zoneamento permitir, o proprietário (ou quem de direito) poderá construir acima do coeficiente básico previsto; mas, nesse caso, sua faculdade de construir não será um direito que decorra da propriedade do terreno. Esse direito terá que ser adquirido do Poder Público Municipal por via daquilo que a lei conceitua como ‘outorga onerosa do direito de construir’”*⁸⁵.

Na mesma linha proclamada por José Afonso da Silva, outros autores defendem, em vista da possibilidade de outorgar-se onerosamente direito de construir, estar o direito de propriedade desvinculado do direito de construir. Floriano Azevedo Marques diz que *“o direito de construir para além do coeficiente de aproveitamento básico – ou seja, o solo criado – se constitui como um ativo patrimonial destacado da propriedade do imóvel correspondente”*⁸⁶. Nesse mesmo sentido, são as lições de Diógenes Gasparini⁸⁷ e Márcia Walquiria Batista dos Santos⁸⁸. A partir da possibilidade de se adquirir o direito de construir no que sobrepujar o coeficiente básico de aproveitamento do solo, é que se afirma a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

⁸⁵ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 269. Vale anotar que, muito embora José Afonso da Silva afirme haver a desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade acima do coeficiente básico de aproveitamento, reconhece, também, que até tal limite o direito de construir continua pertencendo à esfera de direitos do particular (*Ibidem*, p. 262-263).

⁸⁶ *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 233.

⁸⁷ *O Estatuto da Cidade*, p. 169.

⁸⁸ *Estatuto da Cidade*, p. 206 e ss.

Em síntese, portanto, a adoção, pelo Estatuto da Cidade do instituto da outorga onerosa do direito de construir e, bem assim, do instituto do solo criado – que, como se viu, encontra fundamento no princípio da função social da propriedade –, implicaria na proclamação, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Tal linha de argumentação, é bom destacar, parte da premissa de que o princípio da função social da propriedade impingiu aos proprietários uma série de obrigações com vistas à Justiça Social. Com efeito, um dos fundamentos do instituto do solo criado consiste, justamente, na repartição dos ônus decorrentes do processo de urbanização e, assim, da criação de solo artificial, obrigando o criador de solo a oferecer à coletividade as compensações necessárias ao reequilíbrio urbano. Logo, a possibilidade de o Poder Público Municipal outorgar onerosamente direito de construir seria uma decorrência do princípio da função social da propriedade, ao qual dera maior densidade normativa.

Ainda que não tenhamos como negar a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, dos institutos do solo criado e da outorga onerosa do direito de construir, há outros elementos na discussão envolvendo tais institutos que não nos permitem concluir pela separação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Adiantamos, nesse sentido e novamente, nossas conclusões:

O primeiro deles consiste no fato de, como visto, o Estatuto da Cidade ter previsto a possibilidade de serem adotados diferentes coeficientes

básicos de aproveitamento para diferentes regiões da cidade. Na visão de Floriano de Azevedo Marques Neto⁸⁹ e de Eros Grau⁹⁰, a possibilidade de coeficientes básicos de aproveitamento diferenciados acaba por desvirtuar o próprio instituto do solo criado. Eros Grau é bastante enfático ao afirmar que “a definição, pelo Poder Público, de diversos e distintos coeficientes de aproveitamento na legislação de zoneamento permite a ocorrência, a nível individual, de inúmeras situações de injustiça: a definição de um e outro coeficiente de aproveitamento poderá alterar substancialmente o valor dos terrenos”⁹¹.

A aplicação do coeficiente de aproveitamento deve estar amparada por três elementos: a impessoalidade, do qual se subentende a isonomia de tratamento, a finalidade e a impossibilidade de extinção do direito de propriedade, que ocorreria ao se condicionar o direito do proprietário à aquisição onerosa de direito de construir.

A adoção de coeficientes diferenciados para partes diversas da cidade implica, ainda que potencialmente, na violação da isonomia de tratamento. Isso porque, à luz da lei de zoneamento aplicável, proprietários de imóveis localizados em diferentes localidades necessitarão adquirir mais ou menos potencial adicional de construção. Ora, além de tal consequência desvirtuar o instituto do solo criado, permite afirmar que o direito de construir de certos proprietários é mais extenso do que o de outros, na medida em que a doutrina, como se viu acima, é praticamente uníssona em vincular o direito de construir ao

⁸⁹ *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 238-239.

⁹⁰ *Direito Urbano*, p. 56.

⁹¹ *Ibidem*, mesma página.

direito de propriedade ao menos até o limite do coeficiente básico de aproveitamento. A violação da isonomia de tratamento aliada ao fato de que a todos é assegurado o direito de propriedade – em igual extensão, ao menos em tese – indicariam a impossibilidade de proclamar-se a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Dito de outro modo: a adoção de coeficientes diferenciados demonstra uma opção do legislador por, definitivamente, não desvincular o direito de propriedade e o direito de construir. Apenas se considerado um único coeficiente básico de aproveitamento para toda a cidade, em que os proprietários seriam titulares do direito de edificar até tal limite, é que se poderia, ao menos em tese, aceitar o argumento da desvinculação, mas, ainda assim, acima de tal coeficiente. Apenas desse modo, o princípio da isonomia de tratamento restaria preservado.

Nem se argumente que o instituto do zoneamento também gera tal diferenciação. Nesse caso se está diante de elemento externo ao direito de propriedade⁹², verdadeira limitação administrativa, enquanto no caso do solo criado, a fixação do coeficiente básico de aproveitamento integra o próprio perfil do direito, *i.e.*, é um elemento interno ao direito de propriedade. Por tal razão, afirmamos que a opção por diferentes coeficientes básicos de aproveitamento pode levar à quebra da isonomia entre os particulares.

⁹²Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza Jurídica do Zoneamento*, *passim*.

Além disso, como se viu acima, a impossibilidade de extinção do direito de propriedade é outro limite natural à outorga onerosa do direito de construir⁹³. Não se pode pretender que o proprietário de imóvel urbano edifique apenas mediante a aquisição de potencial construtivo, visto que tal providência implicaria na extinção do direito de propriedade. Eliminar-se-ia, nessa hipótese, a única prerrogativa do proprietário urbano que dá valor à sua propriedade, qual seja, o direito de edificar.

Diz a doutrina, como visto acima, que o direito de edificar acima do coeficiente básico está apartado do direito de propriedade. Por outro lado, o coeficiente básico não poderá ser tal que obrigue o proprietário a adquirir potencial adicional de construção para qualquer edificação que pretenda erigir. Isso nos leva à conclusão de que o direito abstrato de construir sempre compõe a esfera de direitos do particular, de tal modo que não permite, segundo o arbítrio do Poder Público, fixar-se qualquer coeficiente básico. O direito de edificar sempre será preservado.

Como se vê, se bem analisado o instituto da outorga onerosa do direito de construir – e, bem assim, o instituto do solo criado –, verifica-se a impossibilidade de ser proclamado o divórcio do direito de construir e do direito de propriedade. Voltaremos a tratar do assunto na parte final do presente trabalho.

⁹³Floriano de Azevedo Marques Neto, *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 236-237.

3.4. Operações urbanas consorciadas

A seção X do Estatuto da Cidade, ao tratar das operações urbanas consorciadas, também enfrentou a questão da suposta separação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Ao adotar a possibilidade de qualquer pessoa adquirir certificados de potencial adicional de construção, que servirão para o pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, nada mais fez o Estatuto da Cidade do que lançar mão do instituto do solo criado, sobre o qual versamos acima.

Operações urbanas consorciadas, nos termos do artigo 32, parágrafo primeiro, do Estatuto da Cidade, são *“o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público Municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”*.

As operações urbanas consorciadas são, na realidade, tipos especiais de intervenção urbana, por meio dos quais se visa readequar estruturalmente determinados espaços urbanos⁹⁴, conjugando a atuação do Poder Público Municipal e do particular, inaugurando, no ordenamento jurídico

⁹⁴ Paulo José Villela Lomar assim conceitua o instituto da operação urbana consorciada: *“Sem dúvida, a resposta mais consentânea com a definição, as diretrizes gerais e os demais requisitos exigidos para a realização da operação urbana parece ser o entendimento de que seu núcleo, que a distingue de outras possíveis intervenções urbanísticas, constitui a realização de transformações estruturais com melhorias sociais e a valorização ambiental, de modo que os três objetivos sejam cumulativamente concretizados por meio dela”* (in *Operação Urbana Consorciada*, p. 249).

brasileiro, a idéia de parcerias público-privadas, mais tarde tratadas expressamente pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Importa-nos, para a discussão proposta, o que consta do artigo 34 da aludida norma, segundo o qual se prevê que o Município possa emitir determinada quantidade de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. Mais adiante, no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, é previsto que os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

A justificativa de tais certificados reside no fato de que as operações urbanas consorciadas implicam, normalmente, na edificação em imóveis de que dela façam parte acima do coeficiente de aproveitamento básico e dos índices urbanísticos estabelecidos para a região. Em face de tal vantagem obtida pelos particulares, o Poder Público Municipal cobra um determinado valor, representado por tais certificados⁹⁵.

Em outras palavras, como decorrência do incremento da infraestrutura urbana pelo Poder Público Municipal, o proprietário urbano passaria a dispor de melhores condições de edificabilidade em seu terreno e, por tal razão, restaria justificada a cobrança pelo Poder Público do solo criado, *i.e.*, desse direito de construir “extra” que é assegurado ao particular.

⁹⁵ Diogenes Gasparini, *O Estatuto da Cidade*, p. 186-187.

Carlos Ari Sundfeld ao tratar do assunto, ressalta a ligação entre o solo criado e as operações urbanas: *“a operação urbana adota o ponto de partida segundo o qual o direito de construir conferido pelo zoneamento tem os limites determinados pela infra-estrutura urbana hoje existente. Acréscimos quantitativos desses direitos exigem intervenções urbanas que criam as condições urbanísticas para suportar as construções maiores dele derivadas”*⁹⁶.

Em síntese, por meio da aquisição de certificados de potencial adicional de construção, o que se estaria adquirindo, na realidade, nada mais seria do que direito de construir. Em outras palavras, o Poder Público poderá outorgar direito de construir acima dos padrões urbanísticos estabelecidos, podendo o proprietário que adquiri-lo exercê-lo na área objeto da operação. Resta clara, portanto, a íntima ligação entre as operações urbanas consorciadas e o instituto do solo criado, o que permitiria concluir que, também nos casos das operações urbanas consorciadas, haveria uma separação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Em reforço à tese da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir, destaca-se que as operações urbanas consorciadas estão orientadas a transformações urbanísticas estruturais, a melhorias sociais e à valorização ambiental, elementos esses que sintetizam facetas do princípio da função social da propriedade urbana, como visto acima. Por tal razão, poder-se-á argumentar que a possibilidade de aquisição de direito de construir –

⁹⁶

Direito de Construir, p. 41.

representada pelos referidos certificados – decorreria do princípio da função social da propriedade. A separação entre o direito de propriedade e o direito de construir que aqui se discute estaria, também sob esse aspecto, amparada pelo princípio da função social da propriedade.

3.5. Transferência do direito de construir

O terceiro instituto do Estatuto da Cidade relacionado à suposta desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade é o da transferência do direito de construir, tratado nos artigos 35 a 38. Por meio do referido instituto, o proprietário de determinado imóvel urbano é autorizado a exercer o seu direito de construir em outro local, um imóvel de sua propriedade, ou, então, aliená-lo mediante escritura pública, nas hipóteses em que tal imóvel for atingido pela implantação de equipamentos urbanos e comunitários, por medidas de natureza ambiental, paisagística, social ou cultural ou, ainda, que tenha seu imóvel envolvido em programas de regularização fundiária, urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e habitação de interesse social. À primeira hipótese de transferência, na qual o proprietário exerce o direito de construir em um outro imóvel de sua propriedade, José Afonso da Silva deu o nome de transferência interlocativa e, à segunda, em que há alienação de tal direito a um terceiro, transferência intersubjetiva⁹⁷.

⁹⁷

Direito Urbanístico Brasileiro, p. 271.

Em qualquer uma dessas duas hipóteses, exercida a faculdade do proprietário de edificar outro imóvel ou alienar tal direito a terceiro, a propriedade cujo direito de construir a ela inerente foi transferido não mais poderá ser edificada⁹⁸. Apenas na hipótese de legislação superveniente aumentar, por exemplo, o coeficiente básico de aproveitamento de dito imóvel, é que o proprietário recuperará a possibilidade de edificar o seu imóvel, respeitada a diferença entre aquele direito já transferido e o novo coeficiente estabelecido⁹⁹.

A exemplo da outorga onerosa do direito de construir, o instituto da transferência do direito de construir tem fundamento na figura do solo criado. Nas palavras de Yara Police Monteiro e Egle Monteiro da Silva, “a *transferência do direito de construir* começou a ser idealizada na década de 70 como um dos pressupostos indispensáveis para a corporificação de um inovador instrumento de intervenção urbanística: o solo criado”¹⁰⁰.

São as mesmas autoras que, ao formularem conceito do instituto em questão, afirmam que a transferência do direito de construir “*constitui instrumento jurídico de natureza urbanística, destinado a compensar o proprietário de imóvel afetado ao cumprimento de uma função de interesse público ou social, dele desincorporando o direito de construir*”¹⁰¹. Partem as referidas autoras, portanto, da premissa de que a adoção da transferência do direito de construir pelo

⁹⁸ Diogenes Gasparini, *O Estatuto da Cidade*, p. 190.

⁹⁹ Ibidem, mesma página. Nesse mesmo sentido, Márcia Walquiria Batista dos Santos, *Estatuto da Cidade*, p. 222,

¹⁰⁰ *Transferência do Direito de Construir*, p. 279.

¹⁰¹ Ibidem, p. 284.

ordenamento jurídico brasileiro implica na separação entre o direito de construir e o direito de propriedade, no que são acompanhadas por Victor Carvalho Pinto¹⁰².

Vale observar que as duas principais diferenças entre a outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir são as seguintes: enquanto no primeiro caso o potencial de construir é adquirido do Poder Público, no caso do instituto em comento o direito de construir permanece sob titularidade do proprietário, que poderá ele próprio exercê-lo ou aliená-lo a terceiro; em segundo lugar, no caso da outorga onerosa do direito de construir, o “direito” adquirido do Poder Público permite que a edificação a ser erigida pelo proprietário daquele dado imóvel ultrapasse o coeficiente básico de aproveitamento do solo. Todavia, a transferência do direito de construir supõe o manejo pelo proprietário do direito de construir, seja para exercê-lo ou para transferi-lo, dentro dos limites impostos pelo coeficiente básico de aproveitamento, salvo se de outro modo disposto pela legislação municipal¹⁰³.

Em conclusão, a transferência do direito de construir, na visão dos autores acima mencionados, implicaria na separação entre o direito de construir e

¹⁰² Ao tratar da transferência do direito de construir, Victor Carvalho Pinto é bastante claro ao indicar a sua opção pela corrente daqueles que defendem a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade: “A separação entre o direito de construir e o direito de propriedade fica muito clara no instituto da transferência do direito de construir (...). A própria existência do instituto já exige do intérprete a conclusão de que o direito de construir foi transformado pelo Estatuto da Cidade em um bem autônomo” (in *Direito Urbanístico*, p. 312-314).

¹⁰³ A respeito da necessidade de observância da infra-estrutura instalada no exercício do direito de construir, Diógenes Gasparini escreve que “a propriedade beneficiada pelo direito de construir adquire um novo perfil construtivo, sem sobrecarregar os equipamentos urbanos e comunitários, pois em termos de densidade média nada foi alterado” (in *O Estatuto da Cidade*, p. 190-191). José Afonso da Silva, por seu turno, observa que “o art. 35 nada diz a respeito da possibilidade de acréscimo do direito de construir transferido em outro imóvel para além do coeficiente de aproveitamento, mas confere à lei municipal a competência para estabelecer as condições relativas à aplicação daquela transferência” (in *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 272).

o direito de propriedade, concebendo-se, nas palavras de Victor Carvalho Pinto, que o direito de construir tenha sido transformado pelo Estatuto da Cidade como sendo um bem autônomo¹⁰⁴.

¹⁰⁴*Direito Urbanístico*, p. 313-314.

4. DIREITO DE CONSTRUIR E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

4.1. A doutrina em defesa da separação entre o direito de propriedade e o direito de construir

Não se pode duvidar, à luz de todas as considerações que foram apresentadas acima, que o direito de propriedade sofreu grandes alterações com a adoção do princípio da função social da propriedade pelo texto constitucional de 1988. Não mais se admite o uso desabusado da propriedade. A Constituição Federal determina que o proprietário deva dar uma utilização adequada à propriedade urbana, sob pena, inclusive, de desapropriação.

Em face da alteração do conteúdo do direito de propriedade, muitos autores defendem que o direito de construir não é mais inerente a dito direito¹⁰⁵. Os argumentos por eles enunciados baseiam-se em algumas premissas que serão apresentadas sinteticamente abaixo. Primeiramente, desenvolveremos cada um desses argumentos para, em seguida, criticá-los, demonstrando, assim, a inerência do *jus aedificandi* ao direito de propriedade no meio urbano, o que nos propusemos a fazer desde o começo do presente trabalho:

¹⁰⁵

Indicamos, apenas a título de exemplo, os seguintes autores que compartilham da tese da separação entre o direito de construir e o direito de propriedade: Victor Carvalho Pinto, Eros Roberto Grau, Floriano de Azevedo Marques Neto, Yara Police Monteiro, Fernando Alves Correia e Ricardo Pereira Lira.

- (i) com a adoção do princípio da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, o direito de propriedade foi redefinido, sendo alterado o seu próprio conteúdo, que não mais abarcaria o direito de construir;
- (ii) a planificação, *i.e.*, a edição de planos relativos ao planejamento urbano, inclusive planos diretores, cujas raízes decorrem da própria Constituição Federal, é que define o conteúdo e condições de uso da propriedade urbana. Isso significa dizer que determinado proprietário poderá ou não construir em seu terreno porque o plano diretor, e, assim, todo o arcabouço legislativo a ele relacionado, o permite.

Relacionado à planificação está o princípio da reserva do plano, segundo o qual apenas um plano urbanístico pode qualificar determinada gleba ou terreno como sendo passível ou não de urbanização. No ordenamento jurídico brasileiro, tal interpretação decorre do disposto no artigo 182, parágrafo segundo, da Constituição Federal, em conjugação com o artigo terceiro da Lei Federal de Parcelamento do Solo, Lei nº 6.766, de 19 de dezembro 1979;

- (iii) a visão de que o direito de construir seria um faculdade inerente ao direito de propriedade decorreria de uma visão civilista do direito de propriedade, não mais amparada pelo Direito Constitucional, que

alterou os contornos do direito de propriedade em face da adoção do princípio da função social da propriedade; e

- (iv) o caráter social das constituições modernas e o conteúdo do princípio da função social da propriedade acabaram por vincular o Direito Urbanístico ao princípio da igualdade.

4.1.1. Planificação e princípio da reserva do plano

Não restam dúvidas de que o plano diretor assumiu papel central no exercício da função urbanística pelos Municípios, decorrendo tal finalidade da expressa dicção do parágrafo segundo do artigo 182 da Constituição Federal, segundo o qual o plano diretor é o instrumento básico de desenvolvimento e expansão urbana. Com efeito, é apenas a partir dele que todas as ações dos Municípios relativas ao desenvolvimento urbano são pensadas e, também, se possibilita a aplicação dos instrumentos da política urbana, como a outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir, de que tratamos acima.

Primeiramente, é importante considerar que a planificação não se confunde com os planos urbanísticos. Estes, na realidade, são o resultado da planificação, do planejamento urbano. Os planos, portanto, sintetizam e juridicizam todas as propostas técnicas que decorrem do planejamento. Desse modo, o vocábulo planificação deve significar a idéia de procedimento, de ação,

que acaba resultando na elaboração de um documento concreto, o plano urbanístico¹⁰⁶.

Dentro de Estados Sociais e Democráticos de Direito, os planos assumem especial importância, notadamente no apoio ao desenvolvimento econômico e social. Isso porque a crescente intervenção do Estado na economia e na esfera de direitos do particular só será legítima se adequada a um determinado planejamento, consubstanciado, como se disse, em planos. Confira-se, a esse respeito, lição de Fernando Alves Correia: *“O plano é, assim, um sinal evidente da transformação verificada no modo de ser das funções estaduais, no seguimento da passagem do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social. É um instrumento utilizado pela Administração para programar racionalmente a sua intervenção nos mecanismos sociais”*¹⁰⁷.

Nesse mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld: *“No Estado Democrático de Direito, o exercício das diferentes funções estatais – e, em consequência, a produção dos atos de direito público – exige a observância de processo perfeitamente regulado pelas normas jurídicas”*¹⁰⁸.

Não é por outra razão que o texto constitucional, em diversas passagens, faz referência à elaboração de planos pelo Poder Público, tais como os planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social, os planos plurianuais e, em matéria urbanística, os planos

¹⁰⁶ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 89; e Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 314.

¹⁰⁷ *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 314.

¹⁰⁸ *Fundamentos do Direito Público*, p. 91.

diretores. A adoção pelo constituinte brasileiro da planificação como forma de atuação do Poder Público significa dizer que o processo de planejamento, inclusive o urbano, não depende da mera vontade dos governantes, sendo a sua adoção, ao contrário, decorrência direta da Constituição Federal.

Fernando Alves Correia, ao tratar dos planos urbanísticos ou territoriais, identifica quatro funções a eles inerentes: a identificação da realidade ou da situação existente, a conformação do território, a conformação do direito de propriedade do solo e, por fim, a gestão do território¹⁰⁹.

Quanto à primeira função, os planos urbanísticos se prestam a realizar um levantamento da situação existente, identificando os usos e ocupações já implantados, bem como as necessidades daqueles que habitam o território. A partir da identificação de tais elementos, é que se pode elaborar um plano urbanístico mais vinculado à realidade. Caso contrário, estar-se-ia diante de um plano urbanístico concebido como “*mera expressão das idéias e dos desejos do seu autor ou autores*”¹¹⁰.

A conformação do território é a segunda função dos planos urbanísticos. Representa tal função a necessidade de que os planos influenciem e organizem o território como um todo, adequando as parcelas do espaço urbano umas às outras, constituindo um verdadeiro tecido urbano. Tal função implica, ainda, na definição das regras e dos princípios relativos à organização e à racionalização da ocupação e utilização do espaço. Ou seja, a opção por esta ou

¹⁰⁹ *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 328-333.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 328.

aquela premissa para o crescimento da cidade, a escolha por determinado modelo de urbanização etc.

A terceira função dos planos urbanísticos é a conformação do direito de propriedade do solo. Muito embora tal função seja de suma importância para o presente trabalho, dela trataremos, por questões didáticas, adiante.

A quarta e última função é relativa à gestão do território. Após se dedicar ao seu conteúdo, os planos urbanísticos devem conter mecanismos de execução e monitoramento. É nesse estágio que os responsáveis pela elaboração dos planos urbanísticos deverão se ater à implementação das medidas previstas no plano urbanístico, bem como dos mecanismos de monitoramento, seja por parte do Poder Público ou pela população. O Estatuto da Cidade tratou expressamente dos mecanismos de controle da execução dos planos urbanísticos, prevendo, além da sua revisão periódica, a necessidade de que os planos diretores contenham, no mínimo, sistemas de controle e acompanhamento (artigo. 42, inciso III, do Estatuto da Cidade).

Como se disse, a conformação do direito de propriedade do solo é, talvez, a mais relevante função dos planos urbanísticos para os fins a que se presta o presente trabalho. É por meio dela que serão estabelecidas *“prescrições que vão tocar a própria essência do direito de propriedade, através da classificação do uso e destino do solo, da divisão do território em zonas e da*

*definição dos parâmetros a que deve obedecer a ocupação, uso e transformação de cada uma delas*¹¹¹.

Em outras palavras, serão os planos urbanísticos que definirão os usos e ocupações permitidos para cada parte da cidade, fazendo parte, necessariamente, de um todo maior. É o que defende José Afonso da Silva, amparado por doutrina estrangeira: *“a determinação do direito de propriedade é fruto dos planos urbanísticos (gerais e específicos) e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo da propriedade*¹¹².

A atividade urbanística, na visão de José Afonso da Silva, Ricardo Pereira Lira e Fernando Alves Correia, é uma função pública reservada à Administração, a quem compete determinar os usos e ocupações de que o solo urbano é passível, por meio, naturalmente, dos planos urbanísticos. É novamente de José Afonso da Silva a seguinte lição:

“Porque essa função opera por meio de procedimentos normativos (planos, projetos, programas etc.), como já vimos, é que se concebe o direito de propriedade urbana como um direito planejado (e, também, propriedade-procedimento), porque predeterminado por planos urbanísticos (e outros procedimentos de urbanificação) que

¹¹¹ Ibidem, p. 330.

¹¹² *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 79.

*constituem, como também já verificamos, os instrumentos básicos de atuação urbanística do Poder Público*¹¹³.

Ainda que sob o pálio da Constituição Federal anterior, Ricardo Pereira Lira comunga das mesmas idéias. A exemplo do acima exposto, dito autor defende que sendo o urbanismo verdadeira função pública, as decisões ao seu respeito passaram todas a incumbir à Administração Pública. Amparado por Eduardo Garcia de Enterría, o autor aduz que *“as decisões básicas sobre o urbanismo ficaram dissociadas do direito de propriedade privada do solo, atribuídas a um centro que já não se legitima como proprietário, senão como titular do poder público e responsável pela ordem coletiva, a Administração*¹¹⁴.

Ricardo Pereira Lira assinala, ainda, que as cidades devem ser consideradas realizações coletivas. Portanto, qualquer alteração no zoneamento, no sistema viário, em regras edilícias etc. não traz impactos apenas à esfera de direitos dos proprietários envolvidos, mas aos cidadãos como um todo. Não se poderia, assim, reconhecer aos proprietários privados o direito de livremente decidirem a respeito de realizações de caráter e impactos flagrantemente coletivos.

Tais questões estão intrinsecamente ligadas ao princípio da reserva do plano, decorrente, antes da redação dada ao artigo 182, parágrafo segundo da Constituição Federal, e, em segundo lugar, da lei federal de parcelamento do solo para fins urbanos.

¹¹³ Ibidem, p. 80.

¹¹⁴ Elementos de Direito Urbanístico, p. 159.

Nas palavras do autor português Fernando Alves Correia, “*significa este princípio que só pode construir-se num terreno quando o plano – que existe já em quase todos os municípios do nosso país – lhe atribuir vocação edificativa ou o classificar e qualificar como solo urbano*”¹¹⁵. Mais adiante, continua: “*Ora, este princípio (...) impede que se perspective o ‘jus aedificandi’ como uma faculdade natural ao direito de propriedade do solo, desde logo porque os particulares não têm o direito de elaborar e de aprovar um plano urbanístico, sendo esse direito uma reserva do Estado*”¹¹⁶.

José Afonso da Silva, trazendo à colação lição de Pedro Escribano Collado, afirma o seguinte: “*o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, à qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração*”¹¹⁷.

O princípio da reserva do plano urbanístico decorre, pois, da própria exigência de elaboração do plano diretor para a definição da função social da propriedade urbana, como definido pela Constituição Federal. Conforme preceitua a lei federal de parcelamento do solo, incumbe ao plano diretor e à legislação municipal qualificar determinada gleba como sendo passível de urbanização, fixando-lhe, posteriormente a forma de uso e ocupação aplicáveis.

¹¹⁵ Manual de Direito do Urbanismo, p. 714.

¹¹⁶ Ibidem, p 715.

¹¹⁷ Direito Urbanístico Brasileiro, p. 79.

A lei federal de parcelamento do solo urbano está, em princípio, em linha com o princípio da reserva do plano. Em seu artigo 3º, determina que *“somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”*. Segundo o regime da referida lei, apenas os lotes, fruto de loteamento ou desmembramento, são unidades de terra que podem ser edificadas. Na medida, então, que o loteamento e o desmembramento só serão admitidos em áreas definidas pelo plano diretor, ao proprietário de determinada gleba só será facultado o direito de construir, edificar nos termos da lei, caso o plano diretor daquele determinado Município assim o determine.

Em outras palavras, é o plano diretor e, bem assim, o arcabouço legislativo que o acompanha que confeririam ao proprietário as faculdades de urbanização e edificação. Ao proprietário de determinada gleba que não estivesse inserida em área urbana, de expansão urbana ou de urbanização específica não seria assegurado o direito de parcelar o solo urbano e conseqüentemente de edificar, de construir. Sua propriedade, portanto, seria rural, restando a ele desenvolver atividades de plantio ou pecuária. Nesse contexto, como diz Victor Carvalho Pinto, *“pode-se dizer que o regime do uso rural corresponde a um fundo jurídico, sobre o qual o plano diretor introduz, como figura, as qualificações de usos urbanos”*¹¹⁸.

¹¹⁸

Direito Urbanístico, p. 282.

A planificação e, bem assim, o princípio da reserva do plano é que permitem que a Administração Pública congregue todas as exigências feitas pela sociedade e pela própria Administração, editando um plano urbanístico adequado. Como diz Victor Carvalho Pinto, “o princípio da reserva do plano é que permite a articulação entre o ordenamento jurídico e o planejamento”¹¹⁹.

O que se nota, assim, é que o princípio da reserva do plano condiciona toda intervenção no espaço urbano à sua prévia inclusão no plano urbanístico. Ou, em outras palavras, será o plano urbanístico e não mais unicamente a vontade do proprietário que servirá para definir se determinada gleba deverá ou não ser objeto de parcelamento.

Desde logo, dada a importância que tal questão traz para o tema em debate, cabe registrar a nossa insatisfação com tal linha de argumentação. A nosso ver, e esse ponto será mais bem abordado a seguir, a questão cinge-se muito mais à definição da destinação do solo, como urbano ou rural, do que à separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Naturalmente, e já dissemos acima, o solo urbano não se confunde com o solo rural. Logo, a importância do direito de construir para o proprietário urbano é sensivelmente diferente daquela para o proprietário rural.

Feito um necessário parêntese, temos que todas essas considerações a respeito da planificação e do princípio da reserva do plano levariam à conclusão de que o plano urbanístico é um instrumento de

¹¹⁹ Ibidem, p. 217.

conformação do direito de propriedade do solo¹²⁰. Isso porque, o plano define antecipadamente aquilo com que os proprietários poderão contar, estabelecendo as regras e princípios que deverão ser observados no estabelecimento dos limites ao uso da propriedade. O direito de propriedade seria, portanto, um direito planejado, de modo que não se poderia delinear o seu conteúdo sem antes consultar o plano urbanístico aplicável.

À evidência de que o direito de construir não seria inerente ao direito de propriedade, mas, antes uma decorrência de planos urbanísticos, José Afonso da Silva chamou de qualificação urbanística do solo. Partindo da premissa de que a edificabilidade não é algo inerente ao solo urbano, o autor diz que a edificabilidade atribuída por um plano urbanístico é que permite ao proprietário nele edificar¹²¹.

Eduardo Garcia de Enterria, citado por Fernando Alves Correia, escreve o seguinte a respeito da matéria:

“O plano outorga positivamente faculdades, não limita uma posição básica de liberdade do proprietário. Isto é claro no que diz respeito à conversão do solo rústico em solo urbano, mas também quando se trata de determinar as faculdades de aproveitamento do terreno no âmbito do solo urbano, que não existem antes do plano, e muito

¹²⁰Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 693.¹²¹*Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 83.

*menos contra o plano, mas tão-só com base e com o conteúdo por ele precisado*¹²².

A análise do direito de propriedade sob o prisma da planificação decorre, em última análise, do princípio da função social da propriedade. Tal se deve ao fato de que o urbanismo não mais poderia ser pensado apenas sob o enfoque do proprietário, mas, antes da coletividade. E, nada mais democrático do que pensar o uso e ocupação do solo urbano a partir de procedimentos determinados e estabelecidos em instrumentos legislativos. Retomando os dizeres de Ricardo Pereira Lira, as cidades seriam fatos coletivos e, assim, as decisões a respeito do urbanismo devem ser privativas do Poder Público Municipal. Em última análise, portanto, o direito de construir de determinado proprietário urbano é definido pelo plano urbanístico aplicável, amparado pelo princípio da função social da propriedade.

4.1.2. Crítica à visão jus-civilista do direito de propriedade

Um segundo ponto que merece atenção para aqueles que defendem a tese contrária à inerência do direito de construir ao direito de propriedade diz respeito à visão clássica, privativista, que ainda se teria do direito de propriedade.

A propriedade, na legislação brasileira, assim como na doutrina, não encontra definição precisa. Na realidade, a propriedade é sempre conceituada em

¹²²

Apud Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 692.

função das prerrogativas que são asseguradas ao proprietário. Como ensina Ricardo Pereira Lira, a propriedade, segundo uma visão clássica romana, em seu aspecto interno, compreende as faculdades de usar – *ius utendi* –, de fruir – *ius fruendi* – e a de dispor – *ius dispoendi*. No seu aspecto externo, a propriedade corresponderia ao direito de exclusão, de oposição àqueles que ameaçassem o proprietário¹²³.

O Código Civil Brasileiro de 2002, a exemplo do que já fizera o Código Civil de 1916, adotou a tradição romana, estabelecendo que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, além do direito de reavê-la de terceiros que turbem ou esbulhem o seu direito. É o que expressamente estabelece o artigo 1.228 do Código Civil: “*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*”.

Segundo a leitura do aludido dispositivo, percebe-se que o direito de construir decorreria da conjunção das faculdades de usar, gozar e dispor da coisa. É o que assinala Hely Lopes Meirelles, quando afirma que, “*desde que se reconhece ao proprietário o poder legal de usar, gozar e dispor dos seus bens (Código Civil, art. 1.228), reconhecido está o direito de construir, visto que no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la, enfim com todas as obras que lhe favoreçam a utilização ou lhe aumentem o valor econômico*”¹²⁴.

¹²³ Elementos de Direito Urbanístico, p. 155.

¹²⁴ Direito de Construir, p. 30.

O conceito civilista do direito de propriedade decorreria, também, do expresso no artigo 1.229 do Código Civil, segundo o qual “*a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las*”. Nesse contexto, é evidente que a inclusão do espaço aéreo e do subsolo implicaria, necessariamente, em o proprietário ser titular do direito de edificar. Em outras palavras, de nada valeria ao proprietário possuir as faculdades de usar, gozar e dispor do espaço aéreo e do subsolo se não lhe fosse lícito nele edificar.

Ainda em atenção às disposições do Código Civil, é importante ressaltar o quanto consta do artigo 1.299, *verbis*: “*o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*”. A interpretação conjunta dos artigos acima mencionados levaria à conclusão de que o direito de construir – *i.e.*, o direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, levantando as construções que aprouver ao proprietário, utilizado, ainda, o espaço aéreo e o subsolo – é uma faculdade do proprietário, expressamente abarcada pelo Código Civil.

A visão jus-civilista do direito de propriedade acima apresentada faleceria, entretanto, diante dos contornos constitucionais dados a tal direito, devendo as faculdades do proprietário ser interpretadas restritivamente, em consonância com o princípio da função social da propriedade. Toda a crítica feita por aqueles contrários à tese da inerência funda-se, justamente, na

reconfiguração do direito de propriedade que, em função da adoção do princípio da função social da propriedade pela ordem constitucional inaugurada em 1988, não mais poderia ser interpretado de modo absoluto.

Sílvio de Sávio Venosa, ao tratar do direito de propriedade e do princípio da função social da propriedade, alerta que *“as vigas mestras para a utilização da propriedade estão na Lei Maior. Cabe ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimos, traduzir esse equilíbrio e aparar os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização”*¹²⁵. Assim, as disposições do Código Civil de que aqui se trata não poderiam ser interpretadas literalmente, mas, antes, em conjunto com a Constituição Federal. O autor civilista, assim, termina por concluir dizendo que *“a propriedade, portanto, tendo em vista sua função social, sofre limitações de várias naturezas”*¹²⁶, limitações essas que não permitiriam afirmar ser o direito de construir inerente ao direito de propriedade.

A crítica à visão jus-civilista do direito de propriedade é reforçada pela redação do artigo 1.228 do Código Civil, que, em seu parágrafo único, logo após identificar as faculdades dos proprietários (usar, gozar e fruir), estabeleceu que *“o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como*

¹²⁵ *Direito Civil: Direitos Reais*, p. 157.

¹²⁶ *Ibidem*, mesma página.

evitada a poluição do ar e das águas". Em outras palavras, a diretriz constitucional contida no princípio da função social da propriedade estaria refletida no próprio Código Civil, impedindo-se, pois, fosse o direito de construir interpretado como sendo inerente ao direito de propriedade. As decisões a respeito do *jus aedificandi* devem, necessariamente, partir de um equilíbrio entre o público e o privado, o que, por si só, retiraria do proprietário a decisão a respeito de ser ou não a sua propriedade edificável.

Toda a questão, portanto, residiria no próprio conteúdo do direito de propriedade, não mais ditado pelo direito privado, mas, sim, pelo direito público. Fernando Alves Correia, nesse sentido, afirma que *"a questão que nos preocupa das relações entre o direito de propriedade do solo e o denominado 'jus aedificandi' deve ser resolvida numa perspectiva jus-publicista e tendo como ponto de partida o conceito constitucional do direito de propriedade e não o conceito do direito civil que, como sabemos, não são coincidentes"*¹²⁷.

A propriedade, portanto, deve ser encarada, segundo tal visão, como sendo *"uma relação jurídica complexa, que reúne não só um feixe de poderes, mas também deveres em relação a terceiros proprietários e terceiros não proprietários. Ao lado dos tradicionais poderes que fazem da propriedade um valor de sinal positivo, há, também, valores emergentes, que têm como universo de referência o sistema social"*¹²⁸. Em outras palavras, ao conceito de propriedade, cujas raízes são constitucionais, ao lado das clássicas faculdades

¹²⁷ Manual de Direito do Urbanismo, p. 702.

¹²⁸ Francisco Eduardo Loureiro, *A Propriedade como Relação Jurídica Complexa*, p. 35.

acima mencionadas, teriam sido incorporadas uma série de obrigações perante terceiros.

Dito plexo de obrigações perante terceiros decorre diretamente do princípio da função social da propriedade. Como visto, não se pode negar que o aludido princípio carrega em si uma série de obrigações, voltadas à busca da Justiça Social. É a partir de tal visão, fundada no que seria um novo conceito de propriedade, que se defende a não inerência do direito de construir ao direito de propriedade. É nesse sentido, aliás, que Francisco Eduardo Loureiro define propriedade como *“a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros”*¹²⁹.

Ainda segundo a linha de argumentação daqueles que não defendem vinculação entre direito de construir e direito de propriedade, não se poderia esquecer que o urbanismo é uma função pública, competindo unicamente ao Poder Público ditar as regras de uso e ocupação do solo urbano. Logo, estando o direito de propriedade diretamente vinculado ao Direito Urbanístico, o conteúdo do direito de propriedade deve ser definido pelo Direito Público e não mais, apenas, pelo Direito Privado, que trataria, exclusivamente, das relações entre particulares. O artigo 1.299 do Código Civil, portanto, não poderia ser considerado inconstitucional, mas regeria, apenas, o direito de construir no âmbito das relações privadas, do direito de vizinhança. O direito de construir, sob

¹²⁹

Ibidem, p. 41.

a ótica do urbanismo, encontraria tratamento adequado à luz do princípio da função social da propriedade e da função social da propriedade urbana e, assim, consoante os termos do plano diretor aplicável e da legislação municipal correlata.

Em síntese, portanto, propõem os partidários de tal tese que o conceito de direito de propriedade não mais seja oferecido pelo Código Civil e, assim, pela legislação de Direito Privado. Ao contrário, o direito de propriedade seria, agora, conceituado pela Constituição Federal que, como visto acima, o regulou à luz do que dispõe o princípio da função social da propriedade. Assim, direito de construir e direito de propriedade seriam direitos que se comunicam, mas não mais seria o primeiro inerente ao segundo.

4.1.3. O problema da isonomia no planejamento urbano

Há um terceiro aspecto que serviria de base para a defesa da desvinculação do direito de construir e do direito de propriedade, consistente na evidência de que, ao se atribuir ao Poder Público e, bem assim, aos planos urbanísticos, o poder de decidir sobre o *jus aedificandi*, retirando-se tal decisão da esfera de direitos do particular, restaria protegido o princípio da igualdade, garantido constitucionalmente.

O tema não é enfrentado diretamente, sobre esse enfoque, pelo Direito Brasileiro. No Direito Português, entretanto, o tema vem ganhando espaço,

servindo como um dos principais argumentos para que se defenda o divórcio entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Fernando Alves Correia defende o tema em trecho de seu Manual de Direito do Urbanismo que abaixo se transcreve:

“Um sistema jurídico que se estriba na premissa de que o ‘jus aedificandi’ é uma faculdade atribuída pelo plano urbanístico apresenta-se, em geral, mais sensível a correcção das desigualdades decorrentes daquele segundo tipo de medidas. Em primeiro lugar, porque considerando que o proprietário do solo não dispõe ‘ab initio’ de um ‘direito de construir’, sendo este objeto de atribuição ou de concessão do plano, coloca o problema do princípio da igualdade em face das medidas do plano sob o ângulo do princípio do tratamento igual (Gleichbehandlung) dos particulares pela Administração, vincando, deste modo, a idéia segundo a qual esta não pode atribuir um benefício maior a uns do que a outros. Em segundo lugar, justamente porque entende que o ‘jus aedificandi’ não é um direito originário do proprietário do solo, é mais consentâneo com a adopção de mecanismos de ‘perequação’ dos benefícios e encargos entre os proprietários dos 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”¹³⁰.

Tais argumentos podem ser transferidos para o Direito Brasileiro, seja porque o princípio da igualdade também é garantido constitucionalmente, seja porque o princípio da justa distribuição das mais-valias decorrentes de medidas implantadas a partir de planos urbanísticos, como visto acima, é expressamente previsto pelo Estatuto da Cidade – e, também, pela generalidade dos planos diretores municipais – ou, ainda, porque o princípio da igualdade serve de base para que sejam corrigidas as distorções sociais existentes no meio urbano.

A questão certamente comporta debates. Cabe antecipar, todavia, que os mecanismos de distribuição das mais-valias estão amalgamados ao próprio equilíbrio entre o público e o privado, esse, por sua vez, decorrente do princípio da função social da propriedade. Nada mais. O Direito Brasileiro contempla tal linha de argumentação e isso não se nega. O que não se pode querer é que a partir do equilíbrio proposto se possa retirar do proprietário o direito de construir. Não será essa subtração que garantirá o equilíbrio e, assim, a igualdade, mas os mecanismos que serão adotados para garantir a justa distribuição dos bônus e ônus decorrentes do processo de urbanização.

De mais a mais, vale lembrar que tal visão parte, necessariamente, de uma visão formal do princípio da igualdade, segundo a qual, à luz da legislação aplicável, todos devem ser iguais perante a lei, ao passo que, no Brasil,

vigora o princípio da igualdade material, segundo o qual todos são iguais no limite de suas desigualdades¹³¹.

4.2. A inerência do direito de construir ao direito de propriedade

Acima, foram expostas as razões pelas quais parte da doutrina defende a desvinculação do direito de construir do direito de propriedade. Tal visão, ainda que amparada por argumentos consistentes, mostra-se, no nosso sentir, equivocada.

Antes de se passar a detalhar cada um dos aspectos que levariam à conclusão da inerência do direito de construir ao direito de propriedade, algumas premissas precisam ser estabelecidas. Trataremos, abaixo, ainda que de modo breve, dos seguintes tópicos: (i) a separação entre o meio rural e o meio urbano; (ii) a teoria do conteúdo mínimo da propriedade; e (iii) a teoria da vinculação situacional da propriedade. Eles servirão, após, para a exposição das razões pelas quais cremos que o direito de construir está vinculado ao direito de propriedade.

¹³¹

Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, *passim*.

4.2.1. Algumas premissas: qualificação do solo como urbano, teoria do conteúdo mínimo da propriedade e teoria da vinculação situacional

4.2.1.1. Qualificação do solo como urbano

Atendendo ao regime constitucional de repartição de competência legislativa, a União Federal, no âmbito da competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios, editou a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que trata do parcelamento do solo para fins urbanos. Em seu artigo 3º, a referida lei estabelece que *“somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal”*. Com isso, na visão de alguns autores, afastar-se-ia a possibilidade de urbanizar o meio rural, e, por tal motivo, a inerência do direito de construir ao direito de propriedade¹³².

A lei federal que trata do parcelamento do solo para fins urbanos, portanto, ilustraria o princípio da reserva do plano, na medida em que apenas ao Município, por meio do plano diretor ou de lei de municipal específica, poderia definir a área passível de urbanização e, assim, a área em que os proprietários poderiam exercer seu direito de construir – naturalmente, em atenção às regras estabelecidas pelos planos de urbanização.

¹³²

Victor Carvalho Pinto assinala que, muito embora a teoria do conteúdo mínimo de que trataremos a seguir seja aplicável, em princípio, ao solo urbano, não o seria no meio rural. Isso porque *“ela deixa de considerar a situação do solo rural (que é inedificável) e desconsidera o fato de que o direito de construir já nasce limitado”*. No meio rural, portanto, o direito de construir, na visão do referido autor, não seria inerente ao direito de propriedade (*in Direito Urbanístico*, p. 302-303).

Em outras palavras, caberia ao plano diretor, ou, então, legislação que lhe seja assemelhada, definir qual solo será passível de urbanização. Logo, definindo o plano diretor qual solo poderá ser urbanizado, e, bem assim, edificado, e sendo o plano diretor de competência exclusiva do Poder Público Municipal, apenas ao Poder Público, portanto, competiria definir o destino a ser dado ao solo e a possibilidade de ser o mesmo edificado ou não.

Poder-se-ia, ao encarar o debate sob aludido enfoque, dar razão aos partidários da tese da não inerência do direito de construir ao direito de propriedade. Refutamos tal aspecto, entretanto, por alguns motivos que alinhamos abaixo.

4.2.1.1.1. A propriedade rural e a propriedade urbana são institutos distintos

O primeiro aspecto a ser destacado consiste no fato de que a lei federal que tratou do parcelamento do solo para fins urbanos definiu, apenas, ou, então, outorgou aos Municípios competência para fazê-lo, o que seja o meio urbano e o meio rural. Em outras palavras, em linha com a separação estatuída pela Constituição Federal, distinguiu a propriedade rural e a propriedade urbana, estabelecendo que apenas esta possa ser destinada ao parcelamento do solo para fins urbanos.

É de suma importância compreender-se a propriedade rural e a propriedade urbana como institutos distintos, submetidos a regramentos diferentes, muito embora guardem, ambas, certa similitude genérica, que permite dizer serem tipos de propriedades. Dita distinção é relevante na medida em que carece de sentido a discussão a respeito da inerência do direito de construir ao direito de propriedade rural. Apenas no meio urbano é que tal debate ganha corpo, visto que a propriedade urbana está orientada, justamente, à edificação, ao passo que a propriedade rural estaria destinada à produção das chamadas riquezas naturais.

A propriedade não mais comporta uma visão unitária. A noção de que o indivíduo, o proprietário, possa dispor de seus bens indiscriminadamente, aplicando-se aos mesmos idêntico tratamento legislativo, não mais encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro. Isso acarretaria no fato de que atualmente existem diferentes propriedades, cabendo a cada uma delas um estatuto próprio¹³³. Confira-se o que diz Francisco Eduardo Loureiro a esse respeito:

“A propriedade como instituto é a resultante de um complexo de normas jurídicas. Na medida que as diversas categorias de propriedade (bens de consumo, de produção, imóveis rústicos, urbanos, coletivos, etc.) são regidas por normas próprias, unidas apenas por traços gerais comuns, somente se concebe o conceito unitário de uma propriedade genérica que, em vista da vagueza,

¹³³Gustavo Tepedino, *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*, p. 308.

*perde valor científico. Não há como ignorar que há hoje não um, mas vários institutos da propriedade, cada um deles regido por um complexo de normas singulares*¹³⁴.

A noção de que existem diferentes direitos de propriedade é essencial para o fim proposto. A discussão a respeito do direito de construir está – ou ao menos deve estar – restrita ao urbano, às cidades. A Constituição Federal, como já se disse, criou regimes distintos para a propriedade rural e para a propriedade urbana, separando, inclusive, a função social da propriedade rural e a função social da propriedade urbana. Não se poderia, desse modo, querer equiparar o debate em torno da inerência do direito de construir ao direito de propriedade no meio rural e no meio urbano.

Com efeito, a função social que regular a propriedade rural é diversa daquela aplicável à propriedade urbana. Enquanto, no primeiro caso, os contornos são todos eles oferecidos pela Constituição Federal, no segundo caso, são o plano diretor e a legislação municipal a ele complementar que estabelecerão os elementos que definem a função social da propriedade urbana. O que se tem, portanto, é que o meio rural e o meio urbano observam regimes jurídicos distintos, não se podendo discutir a inerência do direito de construir ao direito de propriedade rural e ao direito de propriedade urbana com base nos mesmos argumentos.

¹³⁴

A Propriedade como Relação Jurídica Complexa, p. 48.

Em síntese, a lei federal que trata do parcelamento do solo para fins urbanos, ao estabelecer que apenas os imóveis inseridos em área urbana ou de expansão urbana podem ser parcelados, tão somente definiu que a urbanização de áreas rurais e a de áreas urbanas seguem parâmetros legislativos diversos, o que se justifica, inclusive, em face da separação entre o direito de propriedade rural e o direito de propriedade urbana inaugurada pela Constituição Federal.

Discordamos, pois, que dita norma tenha o condão de, abraçando o princípio da reserva do plano, separar o direito de propriedade e o direito de construir. O que fez foi, repita-se, criar regimes distintos para a urbanização de áreas rurais e de áreas urbanas.

4.2.1.1.2. A propriedade rural também é passível de urbanização

Acresça-se à evidência de que o direito de propriedade rural e o direito de propriedade urbana devem ser encarados diferentemente o fato de que áreas rurais também podem, segundo um regime próprio, serem urbanizadas.

José Afonso da Silva afirma que a “*a edificabilidade não é algo natural aos terrenos*”, surgindo “*com a ordenação urbanística do solo*”¹³⁵. Victor Carvalho Pinto, em linha com o que diz José Afonso da Silva, assinala que “*o proprietário não tem o direito de parcelar sua gleba. Esse direito é conferido pelo*

¹³⁵

Direito Urbanístico Brasileiro, p. 83.

plano diretor e pelas diretrizes específicas. Sem parcelamento, não há direito de construir”¹³⁶. Voltando, portanto, à lei federal que tratou do parcelamento do solo para fins urbanos, ambos os autores acima referidos acreditam que a urbanização só possa ocorrer onde haja lote e os lotes apenas poderão existir naquelas áreas previamente identificadas pelo plano diretor como urbanas ou de expansão urbana.

Ocorre que as áreas rurais também podem ser objeto de urbanização, sem que, previamente, sejam classificadas por urbanas ou de expansão urbana. O Estatuto da Terra, Lei Federal nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, em seu artigo 61, parágrafos 2º e 3º, prevê expressamente a possibilidade de que o proprietário de terras próprias para a lavoura ou pecuária possa loteá-las para fins de urbanização ou formação de sítios de recreio. A matéria foi regulada, ainda, pelo Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966, e pela Instrução Incra nº 17-B, de 22 de dezembro de 1980¹³⁷.

É bem verdade que, nesse caso, a urbanização ocorrerá segundo regras distintas. O adensamento será menor, o tamanho dos lotes será maior, não se admitirá a impermeabilização do solo em áreas muito extensas etc. No entanto, e não há como se negar, a urbanização é expressamente admitida,

¹³⁶ *Direito Urbanístico*, p. 286.

¹³⁷ Anotamos a existência de divergências doutrinárias a respeito de estarem em vigor ou não as disposições legais acima mencionadas. No entender de José Afonso da Silva, ainda se admitiria o parcelamento da zona rural com base em tais dispositivos (*in Direito Urbanístico*, p. 330-331). Toshio Mukai, por seu turno, entende que a Lei nº 6.766/1979 revogou o artigo 61 do Estatuto da Terra, de modo que o parcelamento do solo para fins urbanos deverá observar, em qualquer caso, o disposto na Lei nº 6.766, não mais se admitindo, pois, o parcelamento para fins urbanos de áreas rurais (*in Direito Urbano-Ambiental Brasileiro*, p. 118-119).

bastando que o projeto seja submetido ao órgão competente do Ministério da Agricultura ou ao Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, conforme o caso¹³⁸.

Veja-se que a questão da urbanização de áreas rurais também aparece no caso dos distritos industriais. O Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, prevê a possibilidade de desapropriação de quaisquer áreas para a instalação de distritos industriais. O artigo 3º da Lei nº 6.066, de 07 de dezembro de 1978, por seu turno, além de alterar o referido Decreto-Lei, prevê, em seu artigo 3º que a desapropriação para a criação ou ampliação de distritos industriais possa ter por objeto imóvel rural. Naturalmente, a instalação do distrito industrial implicará na criação de novos lotes, os quais serão destinados à instalação de indústrias e de atividades correlatas, como bem prevê o artigo 5º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei em questão.

A criação de distritos industriais acaba, pois, por forçar a urbanização de novas áreas do território do município, dentre as quais, áreas inseridas em zonas rurais. Verifica-se, assim, a possibilidade de que áreas rurais também sejam urbanizadas para a instalação de indústrias e outras atividades correlatas.

138

Diversas críticas são feitas à possibilidade de a urbanização de áreas rurais estar sob o controle, apenas, de órgãos federais. A rigor, compete também aos Municípios disciplinar a ocupação das áreas rurais, dentro de um processo global de planejamento, inclusive porque o Estatuto da Cidade, em seu artigo 40, parágrafo 2º, estabeleceu que o plano diretor deverá compreender todo o território do município. Nelson Saule Junior destaca o seguinte a esse respeito: *“O ordenamento do território rural dos municípios e o disciplinamento do uso, ocupação e exploração econômica do seu território por legislações e resoluções federais ou estaduais instituídas sem nenhuma relação com as necessidade e interesses dos habitantes dos municípios, devem ser matérias obrigatórias dos Planos Diretores dos municípios”* (in *A Competência do Município para Disciplinar o Território Rural*, p. 43). A matéria certamente comporta debates. Entretanto, para não nos desviarmos do objetivo do presente trabalho, adotaremos o que consta do texto legal.

Assim, ainda que persista a discussão a respeito de competir aos Municípios definirem, dentro de seus territórios, quais áreas estarão inseridas na zona urbana e quais estarão na zona rural, figura-se a possibilidade de imóveis inseridos nas zonas rurais também serem passíveis de urbanização, permitindo-se, como tal, a edificação. O que não ocorrerá, apenas, é a possibilidade de parcelamento do solo segundo os termos da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

Logo, o argumento de que, com base na lei federal que tratou do parcelamento do solo para fins urbanos, compete ao Poder Público Municipal definir qual imóvel será ou não passível de urbanização e de edificação falece diante da evidência de que também imóveis inseridos na zona rural poderão, em alguns casos, ser edificadas para a instalação de chácaras de recreio ou indústrias, por exemplo. Ou seja, ainda que o Poder Público Municipal possa definir quais áreas deverão ter os seus respectivos projetos de urbanização submetidos aos termos da lei federal que tratou do parcelamento do solo, as demais áreas – inclusive rurais – também serão passíveis de urbanização, observando-se regulamento diverso. Aliás, a constatação de que a urbanização de áreas rurais e a de áreas urbanas observarão disciplinas diferentes está em linha com o que afirmamos acima, no sentido de que a propriedade rural e a propriedade urbana devem ser tratadas separadamente.

4.2.1.1.3. A separação entre o meio rural e o meio urbano passa por questões estranhas ao Direito

Um terceiro aspecto, esse sim mais controverso, diz respeito à própria gênese das cidades e dos espaços urbanos. Ao se vislumbrar o quanto disposto na lei federal que tratou do parcelamento do solo para fins urbanos, poder-se-á concluir que é a legislação municipal que definirá o que é e o que deixa de ser cidade. Mais do que isso, só será possível edificar-se onde haja lote e, por conseguinte, em locais em que o Poder Público Municipal tenha autorizado o parcelamento do solo. A urbanização, entretanto, passa por questões mais complicadas.

O processo de urbanização não respeita, necessariamente, os limites do espaço urbano definidos pela legislação municipal. Nestor Goulart Reis, em trabalhos versando sobre as novas formas de dispersão urbana, é enfático ao afirmar que a vida das pessoas que habitam as cidades está se redesenhando, agora para uma escala regional:

“As cidades deixam de ser as sedes da vida cotidiana, para se transformarem em pólos de um sistema articulado em escala mais ampla, regional, no qual se desenvolve a vida quotidiana. Para uma porcentagem mais restrita da população, esse cotidiano se desenvolve também em escala inter-regional, como no caso de alguns dos habitantes das Regiões Metropolitanas de São Paulo e

*Campinas, da Baixada Santistas e do Vale do Paraíba, que se deslocam diariamente entre duas delas*¹³⁹.

Isso significa dizer que os próprios conceitos de urbano e de rural e de seus respectivos limites são colocados em cheque. Pessoas que trabalham em cidades como São Paulo e Campinas habitam grandes condomínios localizados nos arredores da *urbe*. Novamente, Nestor Goulart Reis, enfrentando a questão, reafirma que *“em São Paulo, ao longo da grande migração ocorrida na década de 1970-1980, os novos bairros em formação deixam de se situar junto às áreas urbanizadas das cidades já existentes. Entraram em uso os empreendimentos em áreas consideradas até então como rurais, quase sempre isoladas entre si, todas elas cercadas, como loteamentos fechados ou condomínios horizontais”*¹⁴⁰.

Isso significa dizer que a separação tradicional entre o meio urbano e o meio rural perde força. Loteamentos de chácaras de recreio passam a abrigar as primeiras residências de inúmeras famílias e são acompanhados, em seguida, por pequenos centros comerciais, clubes de lazer etc. Ao longo do eixo das principais rodovias paulistas se assistiu a esse fenômeno.

É evidente, portanto, que a qualificação do solo como urbano não necessariamente depende do plano diretor de determinado Município – ou, ao menos, não deveria (até porque, em muito casos, o que se verifica é que a relação trabalho-habitação-transporte tem ultrapassado os limites das cidades, passando a ser regional). O surgimento de cidades extrapola os limites da zona

¹³⁹ *Notas Sobre Urbanização Dispersa*, p. 91.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 130.

urbana impostos pela legislação aplicável – o que se verifica, por exemplo, no caso da instalação de distritos industriais –, de modo que até mesmo a qualificação do solo como sendo urbano ou rural comporta acirrados debates quanto à sua utilidade.

É importante ressaltar, também, que esse rompimento com a noção de que cabe ao legislador definir o que seja urbano e o que seja rural já pode ser sentido em diversos setores. O IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por exemplo, vem estudando adotar diferentes critérios para a realização de censos. A classificação dos núcleos urbanos passaria a respeitar oito categorias distintas. Seriam classificadas como urbanas, as cidades ou vilas em área urbanizada ou não urbanizada, além de áreas urbanas isoladas. Por outro lado, seriam rurais, todos os aglomerados rurais classificados como de extensão urbana, povoados, núcleos e outros aglomerados isolados, além da zona rural propriamente dita¹⁴¹. Há, como se vê, inovação na classificação: áreas não urbanizadas, mas que sejam caracterizadas como cidades ou vilas, para o IBGE, passam a ser classificadas como urbanas, o que colocaria por terra a noção arraigada na legislação brasileira de que cabe ao legislador definir o que seja solo urbanizável ou não.

Como se verifica, o argumento de que o direito de construir seria desvinculado do direito de propriedade porque caberia ao Poder Público Municipal, por meio de um plano urbanístico, definir o que é solo passível de urbanização, carece de fundamento diante da própria realidade brasileira, que

¹⁴¹

Tais informações nos foram apresentadas em entrevistas mantidas com Nestor Goulart Reis e Aurílio Sérgio C. Caiado durante a elaboração do presente trabalho.

não mais segue, necessariamente, a rígida separação entre meio rural e meio urbano. As novas formas de urbanização e a própria definição do que seja pólo urbano, agora em escala regional, coloca em cheque a validade do argumento de que o direito de construir teria se desvinculado do direito de propriedade¹⁴², que utiliza como base a lei federal que tratou do parcelamento do solo para fins urbanos.

4.2.1.1.4. Conclusões sobre o tópico: a necessidade de realizar-se um corte epistemológico

Ao longo dos sub-capítulos acima, apresentamos os seguintes pontos de vista a respeito da separação entre o meio urbano e o meio rural: (i) a propriedade rural e a propriedade urbana são institutos distintos e, como tal, por

¹⁴²

Vale registrar, como mais um elemento para a discussão proposta, a reforma realizada na legislação espanhola a respeito do uso e ocupação do solo. A Lei nº 06, de 13 de abril de 1998, procurando promover o aumento da potencial oferta de solo urbano (diante da evidência de que a população crescentemente tem se tornado urbana), modificou o critério de classificação do solo, a saber: urbano (em que a urbanização já está consolidada); urbanizável (todas aquelas áreas que seriam passíveis de urbanização dadas as suas características); e, por fim, as não urbanizáveis, que seriam aquelas sujeitas a qualquer tipo de preservação (ambiental, cultura, histórica, etc.) e, ainda, as terras agrícolas. O que se vê da experiência espanhola, portanto, é o rompimento com a noção tradicional de que cabe ao Poder Público definir qual solo poderá ser urbanizado. A rigor, salvo aquelas áreas que, em função de suas características (áreas de preservação ambiental, sítios arqueológicos, topos de morros etc.), não são urbanizáveis, o solo genericamente considerado é passível de urbanização.

O mesmo conceito aparece de forma semelhante na legislação portuguesa. A Lei nº 25, de 31 de agosto de 1992, introduziu alterações no Decreto-Lei nº 448, de 29 de novembro de 1991, com a finalidade de prever que as operações de loteamento – assim entendidas como aquelas que dão origem a lotes – só podem realizar-se em áreas classificadas pelos planos municipais de ordenamento do território como urbanas, urbanizáveis ou industriais. Da justificativa do referido Decreto-Lei, verifica-se que a preocupação do legislador ao estabelecer tal classificação era a de, justamente, evitar a dilapidação dos recursos naturais, inclusive o solo (em muito semelhante, portanto, ao conceito de áreas não urbanizáveis trazido pela legislação espanhola).

força do que dispõe a Constituição Federal, possuem regramentos diferentes; (ii) muito embora a Lei nº 6.766, de 29 de dezembro de 1979, trate do parcelamento do solo para fins urbanos, outorgando aos Municípios, por meio de seus respectivos planos diretores, competência para definir as áreas que poderão ser urbanizadas, áreas incluídas na zona rural também são passíveis de urbanização; e (iii) as novas formas de urbanização têm demonstrado, no campo fático, que a separação entre rural e urbano carece, cada vez mais, de amparo.

Em decorrência de tais conclusões, parece bastante claro que a propriedade rural e a propriedade urbana não podem ser vislumbradas à luz das mesmas premissas. Desse modo, discutir-se a vinculação do direito de construir à propriedade rural e à propriedade urbana constituem debates diferentes, que envolvem, pois, questões diversas.

No presente trabalho, é nossa intenção discutir a vinculação do direito de construir ao direito de propriedade urbana e não ao direito de propriedade rural. Assim, para o fim proposto, ressaltando a premissa de que a própria Constituição Federal estabeleceu regimes diferentes para a propriedade urbana e para a propriedade rural, é de pouca importância o modo pelo qual a propriedade tornou-se urbana, até mesmo porque, como se viu, a questão comporta acalorados debates, tanto sob o ponto de vista legal, como prático.

De mais a mais, a definição do que seja espaço urbano e do que seja espaço rural certamente passará por questões estranhas ao Direito, afeitas à arquitetura, ao urbanismo, à sociologia etc. Lembre-se, a esse respeito, que as

decisões a respeito da instalação de distritos industriais independem da configuração do solo como sendo urbano ou rural.

Assim, além da necessidade de limitação do campo de estudo, a discussão a respeito da separação entre o urbano e o rural, por envolver questões metajurídicas, justifica o corte epistemológico acima proposto, no sentido de que o presente trabalho visa discutir a vinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade urbana. Em outras palavras, a definição do espaço urbano ou, ainda, a delimitação do espaço em que poderá haver o parcelamento do solo urbano e a correspondente edificação são aspectos que passam ao largo do presente trabalho, não importando para o fim proposto.

4.2.1.2. Conteúdo mínimo do direito de propriedade

Um outro aspecto de suma importância diz respeito ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, ou seja, o conteúdo material sem o qual não se poderia falar em propriedade. Com relação à propriedade rural, a questão do conteúdo mínimo parece não comportar maiores debates. Cabe à propriedade rural a produção das chamadas riquezas naturais, ou seja, plantações, pecuária, exploração de minerais etc. Retirar-se da propriedade rural a possibilidade de realizar tais atividades significa, na prática, extingui-la, o que, como se sabe, não é possível em face do ordenamento jurídico brasileiro, salvo mediante prévia e justa indenização.

A discussão ganha corpo, entretanto, quando nos referimos à propriedade urbana. Isso porque, em princípio, atendendo àqueles que defendem ser a edificabilidade uma qualificação urbanística da propriedade outorgada pelos planos urbanísticos, aos proprietários urbanos seria autorizada a edificação, apenas caso assim dispusessem os planos urbanísticos aplicáveis. O *jus aedificandi*, portanto, não se confundiria com o conteúdo mínimo da propriedade urbana, na medida em que não comporia a esfera de direitos do particular. Poder-se-ia concluir que, a exemplo da propriedade rural, apenas as riquezas naturais integrariam o conteúdo mínimo da propriedade urbana. A questão, entretanto, envolve outros aspectos.

Primeiramente, como já se disse acima, a separação entre o solo urbano e o solo rural é medida que atende, antes, à Constituição Federal, devendo estar refletida no conteúdo de cada uma das propriedades. Importa definir, nesse sentido, qual o núcleo mínimo inerente à propriedade urbana sem o qual restaria a mesma extinta¹⁴³, núcleo este que não se confunde com aquele vinculado à propriedade rural.

A questão deve ser vislumbrada a partir das próprias faculdades inerentes ao direito de propriedade, quais sejam, usar, gozar e dispor¹⁴⁴. Tais

¹⁴³ A respeito do conteúdo mínimo do direito de propriedade, José de Oliveira Ascensão anota que *“todas as vezes que este núcleo for atingido, teremos de considerar que funcionará a garantia da propriedade. Há que se compensar a lesão com a indenização adequada. Assim acontecerá se um prédio urbano não puder ser habitado, se não se puder utilizar uma água privada, se não se puder explorar uma pedreira e assim por diante”* (in *O Urbanismo e o Direito de Propriedade*, p.329).

¹⁴⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, a esse respeito, lembra que *“se a disciplina deles [dos atributos da propriedade] incrementar-se ao ponto de sacrificar o uso, o gozo ou a disposição do bem, reduzindo-o a uma esfera inexpressiva ou nula, ter-se-á de concluir que foi golpeado o próprio direito, a pretexto de regulá-lo. É que sem as expressões dele não há o direito em si mesmo. Em suma, a título de zoneamento, não se pode anular ou*

faculdades estão intimamente ligadas à própria edificação, como já tivemos oportunidade de expor acima: “*no uso, gozo e disponibilidade da coisa se compreende a faculdade de transformá-la, edificá-la, beneficiá-la*”¹⁴⁵. Imagine-se, nesse sentido, um determinado terreno localizado em área central de uma cidade, com relação ao qual o plano diretor ou legislação municipal assemelhada, lhe suprima o direito de construir. De nenhuma valia para o proprietário será aquele terreno, restando-lhe, apenas o caminho da justa indenização, à luz do caráter expropriatório que tal medida representa¹⁴⁶. É o direito de construir, em síntese, que dá valor e sentido à propriedade urbana.

Poder-se-á, evidentemente, argumentar que ao proprietário restou a possibilidade de extrair do solo as chamadas riquezas naturais. Ainda que uma determinada cultura ou mesmo a pecuária pudesse ser desenvolvida naquela propriedade – o que naturalmente se figura pouco razoável, mormente nos grandes centros urbanos –, estar-se-á admitindo que, independentemente de sua localização, determinada propriedade poderá ter uso rural ou uso urbano. Tal providência é contrária à própria noção de zoneamento, que estabelece os usos e ocupações permitidas para cada zona do território do município.

paralisar as manifestações do direito de propriedade” (in Natureza Jurídica do Zoneamento, p. 61).

¹⁴⁵ Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, p. 30.

¹⁴⁶ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 140.436/SP, reconheceu que o aniquilamento do direito de construir por limitações administrativas gera, em favor do proprietário, o direito à indenização. É bem verdade, vale anotar, que no referido precedente não foi reconhecido o direito do proprietário de ser indenizado. Todavia, tal se deveu apenas à pré-existência da limitação administrativa à aquisição, pelo proprietário, do imóvel, tendo sido consagrado, entretanto, que, por haver a restrição praticamente absoluta do direito de o proprietário edificar aquele determinado imóvel, ao menos em tese lhe seria assegurado o direito à justa indenização (Recurso Extraordinário nº 140.436-1/SP – 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Carlos Velloso – Decisão publicada no Diário Oficial no dia 06 de agosto de 1999).

Além disso, poder-se-á questionar o atendimento da função social por propriedade inserida na zona urbana com atividades tipicamente rurais, *i.e.*, agricultura e pecuária. A função social da propriedade urbana está diretamente relacionada às funções inerentes às cidades, quais sejam, habitação, trabalho, lazer e transporte, além da proteção ao meio-ambiente e à qualidade de vida, funções essas que, em princípio, não estarão sendo atendidas pelo exercício da agricultura ou pecuária dentro da zona urbana. Isso porque atividades rurais estão voltadas ao abastecimento de alimentos e outros bens primários, não visando, portanto, a integração entre as funções das cidades. Além disso, tais atividades implicam em padrões de incomodidade e de utilização da infra-estrutura urbana diversos daqueles aplicáveis a usos tipicamente urbanos, quais sejam residenciais, industriais e comerciais. Logo, poder-se-ia supor que a função social daquela propriedade urbana com utilização rural não estará sendo atingida.

Resta concluir, portanto, que o elemento essencial à propriedade urbana é, justamente, o direito de construir, de edificar, de colocar sobre o solo urbano as acessões que melhor atendam às suas necessidades, direito de construir esse que, aqui, deve ser entendido em sentido genérico, mas não ilimitado. Em outras palavras, tem o proprietário o direito subjetivo e abstrato de edificar a sua propriedade urbana, sem prejuízo de o Poder Público Municipal, em caráter genérico e abstrato, estabelecer limites a tal edificação.

A teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade, ainda que seja objeto de críticas por muitos autores, é recorrente também na doutrina que

defende a separação do direito de propriedade e do direito de construir¹⁴⁷, justamente para que se possa estabelecer um parâmetro mínimo para a indenização do proprietário urbano que tenha o seu direito de construir extinto. A questão quando colocada dessa maneira chega, a nosso ver, a ser contraditória em si mesma. Vejamos:

Muitos autores, alguns dos quais citamos expressamente acima, defendem a não inerência do direito de construir ao direito de propriedade. Aquele seria outorgado aos proprietários urbanos pelos planos urbanísticos, a exemplo do plano diretor. Resta uma indagação: ora, se o direito de construir é todo ele fruto de uma qualificação urbanística oferecida pelo plano diretor, sendo o exercício desse direito de construir conformado por inúmeras limitações – decorrentes, em última análise, do princípio da função social da propriedade –, isso significa dizer que, caso seja extinto o direito de edificar para todo um bairro de determinada cidade – o que asseguraria a tal medida os caracteres de generalidade e abstração –, aos correspondentes proprietários não seria assegurado o direito à justa indenização? A resposta a tal indagação, segundo aqueles que defendem a não inerência do direito de construir ao direito de propriedade, seria a seguinte: na medida em que o direito de construir não

147

Veja-se, a título de exemplo, o que dizem Fernando Alves Correia e José Afonso da Silva, respectivamente: “A subordinação do direito de propriedade a uma ‘função social’ coloca angustiosas dificuldades no que respeita à determinação de uma linha de fronteira entre as medidas legislativas e administrativas que se situam no âmbito daquela e os actos do Poder Público que tocam o núcleo essencial do direito de propriedade, os quais se devem ser qualificados como expropriativos. Problema este que tem uma assinalável ressonância prática, uma vez que as primeiras não estão constitucionalmente submetidas a uma obrigação de indemnização, ao passo que os segundos devem ser acompanhados de uma ‘justa indemnização’” (in *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 683); “Mas é certo que o princípio da função social não autoriza suprimir, via legislativa, a instituição da propriedade privada. Por outro lado, em concreto, o princípio também não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia” (in *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 77).

compõe a esfera de direitos dos proprietários urbanos, mas é antes uma faculdade concedida pelos planos urbanísticos, a sua extinção não geraria o direito à indenização.

Na prática, medidas semelhantes à acima imaginada acabariam por levar à extinção da propriedade urbana, uma vez que nem mesmo a exploração das chamadas riquezas naturais restaria aos proprietários urbanos. Não é preciso dizer que tal situação não encontra respaldo na Constituição Federal. É por tal razão que os partidários da não inerência do direito de construir ao direito de propriedade, como visto acima, socorrem-se da teoria do conteúdo mínimo, ou seja, um núcleo essencial sem o qual a propriedade garantida constitucionalmente restaria atingida. Veja-se, por exemplo, o que diz Daniel Gaio:

“Considerando que as limitações administrativas têm no conteúdo essencial da propriedade um parâmetro para sua atuação, sob pena de ser determinada a indenização correspondente, urge dessa forma delimitar com mais clareza a relação entre o conteúdo essencial e o direito de edificar. Isto porque, mesmo admitindo que o ‘ius aedificandi’ é uma concessão atribuída pelo plano urbanístico, muitas são as situações que geram o dever de indenizar em virtude de sua restrição ou suspensão.

Como já foi dito anteriormente, dentro da esfera dos interesses do proprietário, a questão que polariza o regime jurídico da propriedade

*urbana é a existência garantida de um conteúdo mínimo, essencial e intocável, sendo este identificado em sua manifestação mais concreta, que é o direito de edificar*¹⁴⁸.

Mesmo José Afonso da Silva, que reserva em seu livro sobre a matéria tópico para tratar da municipalização dos terrenos urbanos, afirma que o direito de construir é inerente à propriedade urbana assim qualificada pelos planos urbanísticos. Afirma também que apenas em face de um interesse público, fundado no princípio da função social da propriedade, é que se poderia propor a inedificabilidade de determinado terreno urbano. Mesmo assim, admite a necessidade de que a propriedade não seja atingida em seu conteúdo mínimo¹⁴⁹. Termina por concluir, ao final, que *“com essas limitações é que termos que aceitar, em face do direito positivo brasileiro, a tese de que a faculdade de construir é inerente ao direito de propriedade do terreno, no âmbito urbanístico”*¹⁵⁰.

É evidente, portanto, que a propriedade urbana e, bem assim, o direito a ela correspondente tem um núcleo essencial, sem o qual não se poderia falar em propriedade urbana. Tal núcleo, como dito, é justamente o direito de construir. Se ao proprietário urbano não for assegurado o direito de edificar, ainda que atendendo às restrições e limitações impostas pelo Poder Público Municipal, o direito de propriedade, em termos práticos, restará extinto.

148

A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar, p. 148.

149

Direito Urbanístico Brasileiro, p. 77.

150

Ibidem, p. 86.

4.2.1.3. A teoria da vinculação situacional

A definição do que seja o conteúdo mínimo da propriedade urbana não é tarefa de fácil solução. Já se disse acima que até mesmo aqueles autores que defendem que o instituto do solo criado promoveu a separação entre o direito de construir e o direito de propriedade admitem, por outro lado, que até o coeficiente básico de aproveitamento do solo a vinculação entre tais direitos restaria configurada. Como se poderia, assim, definir o conteúdo mínimo do direito de propriedade de cada proprietário urbano em face, por exemplo, da possibilidade de se adotarem diferentes coeficientes básicos de aproveitamento do solo, como expressamente autoriza o Estatuto da Cidade?

A resposta a essa e outras questões deve estar amparada pelo princípio da razoabilidade¹⁵¹. Inúmeras são as variáveis que podem levar a definição de determinadas restrições ao direito de construir, mais rígidas em algumas partes da cidade, menos em outras. Apenas após a análise de todas elas, norteadas pelo princípio da razoabilidade, é que se poderá determinar o conteúdo mínimo da propriedade urbana, salientando-se, entretanto, que, em nenhum caso, admitir-se-á a completa extinção do direito de construir.

¹⁵¹

Celso Antônio Bandeira de Mello assim define o princípio da razoabilidade: “*Enuncia-se, com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada*” (in *Curso de Direito Administrativo*, p. 97).

Uma ferramenta que poderia ser utilizada para tal finalidade, evitando-se arbitrariedades na determinação dos limites do conteúdo mínimo, reside na teoria da vinculação situacional, sobre a qual também versa a doutrina que escreve sobre Direito Urbanístico.

Autores que escrevem sobre o assunto lançam mão de tal teoria para justificar a não indenização de determinados proprietários que têm os seus respectivos direitos de construir extintos¹⁵². Áreas inseridas em zonas de preservação de mananciais ou em áreas de preservação permanente não comportam, em regra, a edificação. Pretender o proprietário de imóvel inserido em tais áreas ser indenizado porque o plano diretor extinguiu o seu direito de edificar amparado por restrições inerentes àquelas determinadas propriedades não teria cabimento, justamente porque tal imóvel, dada a sua localização, não reuniria condições mínimas para ser edificado.

Assim, todas as disposições de um plano urbanístico que acabassem por extinguir o direito de construir em face das características do próprio imóvel não poderiam ser consideradas medidas expropriatórias e, como tal, não seriam passíveis de indenização. Em síntese, portanto, seria a localização do imóvel e, também, as características naturais da região em que inserido que permitiriam determinar ou não uma indenização pela supressão do direito de construir¹⁵³.

¹⁵² Daniel Gaio, *A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar*, p. 159; e Victor Carvalho Pinto, *Direito Urbanístico*, p. 280.

¹⁵³ Daniel Gaio, *A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar*, p. 151.

Ousamos, ainda que em parte, discordar de tal leitura empregada à teoria da vinculação situacional. A rigor, a conclusão de que determinado imóvel possa ter o direito de construir a ele inerente extinto em face da sua localização passa, antes, pela conjugação de diferentes princípios constitucionais, dentre os quais a proteção ao meio-ambiente, desenvolvimento sustentável etc. A norma infraconstitucional que veda a edificabilidade em tais regiões seria apenas uma decorrência de tais princípios. A impossibilidade, ao menos em tese, de o proprietário referido não ser indenizado decorreria de uma interpretação conjunta de tais normas e não apenas da localização do imóvel.

A teoria da vinculação comporta, a nosso ver, uma leitura diferenciada, que permite corrigir as distorções que a inerência do direito de construir ao direito de propriedade poderia gerar.

Determinadas regiões da cidade, em função das características que lhe são inerentes, comportam uma maior ou menor edificação. No caso de cidades como São Paulo, esse contraste é facilmente percebido: basta, para tanto, comparar-se o adensamento de construções na região da Avenida Paulista e no bairro do Morumbi. A diminuição dos potenciais construtivos aplicáveis à primeira região para padrões ínfimos é medida que, a rigor, comportaria indenização, visto praticamente extingue o direito de construir e, assim, atingir o núcleo essencial da propriedade urbana. Por outro lado, a mesma redução no bairro do Morumbi não poderia ser encarada de forma idêntica, em face das próprias características do bairro.

Pretender-se, por exemplo, fixar na região da Avenida Paulista gabarito máximo de dez metros para as construções, além de não atender ao princípio da razoabilidade, é medida que atinge, ainda que parcialmente, o núcleo essencial das propriedades urbanas localizadas em tal região. Dito de outro modo, as características dos imóveis situados na Avenida Paulista, *i.e.*, a sua situação, permite dizer que a redução do gabarito das construções para tal limite fere o núcleo essencial da propriedade urbana¹⁵⁴. Novamente em outras palavras, as limitações impostas nesse sentido deixam de ser caracterizadas como meras limitações administrativas e, portanto, não indenizáveis, e passam a figurar no campo do sacrifício de direito, esse sim passível de justa indenização.

É bem verdade que o plano diretor e a legislação municipal correlata têm papel essencial na definição do crescimento das cidades. Em um primeiro momento, não se pode duvidar que tais instrumentos legislativos poderão definir diferentes gabaritos ou outras formas de restrições para determinadas regiões cuja destinação ainda não esteja clara, sem que o núcleo essencial da propriedade seja atingido. Parece-nos, então, que para tais regiões, o conteúdo mínimo da propriedade seja mais maleável do que seria no caso de imóveis

154

A discussão a respeito da teoria da vinculação situacional ainda não foi diretamente enfrentada pelos nossos Tribunais segundo o enfoque proposto. Veja-se, entretanto, que o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Farias Mello, ainda que restando vencido no seu posicionamento, já trouxe a discussão à baila. O Recurso Extraordinário nº 178.836-4/SP versava sobre restrições ao direito de construir dos proprietários de imóvel localizado em Ribeirão Preto – SP, que pretendiam edificar um prédio residencial em local onde lei municipal instituía um “corredor comercial”. Alegavam os recorrentes, dentre outros argumentos, que o terreno em questão estaria rodeado de residências, logo, se todos os outros proprietários puderam edificar suas residências, qual a razão para se negar igual direito a eles? Em seu voto vencido, o Ministro Marco Aurélio de Farias Mello manifestou-se da seguinte maneira: *“Indaga-se: harmoniza-se, principalmente com a Carta de 1988, que é regedora da espécie, essa proibição do Município quanto à licença e à construção de um prédio residencial na área, na rua em que existente outros prédios residenciais, apenas porque veio à baila uma lei prevendo que essa rua seria um corredor comercial? A meu ver, não”* (Recurso Extraordinário nº 178.836-4/SP – 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal – Relator Ministro Carlos Velloso – Publicação no Diário Oficial no dia 20 de agosto de 1999.

localizados na Avenida Paulista. De todo modo, a maleabilidade esbarraria no próprio direito de construir, que jamais poderia ser extinto (sempre à luz do princípio da razoabilidade).

É importante esclarecer, por oportuno, que a existência de diferentes conteúdos mínimos para propriedades inseridas em uma mesma cidade não configura qualquer tipo de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Primeiro, porque como já se disse acima, a propriedade deve ser encarada como uma relação jurídica complexa, não se podendo falar apenas em uma propriedade ou em um direito de propriedade, mas, sim, em diferentes propriedades e, também, em diferentes direitos de propriedade. A mesma separação que é operada entre a propriedade rural e a propriedade urbana, cujas raízes são constitucionais, lembre-se, também pode se dar entre diferentes propriedades urbanas, em face de suas respectivas localizações. Esse é, inclusive, o princípio que permeia o instituto do zoneamento¹⁵⁵.

O próprio Estatuto da Cidade já inaugurou essa sistemática, quando em seu artigo 28, parágrafo 2º, estabeleceu que “o plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana”. É bem verdade que a fixação de diferentes coeficientes de aproveitamento é objeto de grandes

¹⁵⁵

A respeito do instituto do zoneamento, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que “os principais meio de que vale a disciplina zoneadora são os seguintes: a) delimitação das áreas e categorização dos tipos de uso; b) fixação de dimensões mínimas dos lotes; c) fixação dos coeficientes de edificação admitidos em cada áreas; d) fixação das taxas de ocupação das distintas áreas de uso; e) fixação de recuos fronteiros, laterais e de fundos. (...). Obviamente a variedade de combinações possíveis relaciona-se com as condições locais” (in *Natureza Jurídica do Zoneamento*, p. 41).

críticas¹⁵⁶, na medida em que desvirtuaria o instituto do solo criado. Não podemos deixar de considerar, entretanto, que as cidades são bastante heterogêneas, justificando-se a fixação de diferentes padrões, inclusive coeficientes básicos de aproveitamento do solo.

Em segundo lugar, porque a definição de diferentes padrões de edificação para diferentes partes das cidades não poderia implicar, em nenhum caso, na efetiva extinção do direito de construir, mas, apenas, em que pese a obviedade, na fixação de diferentes parâmetros. Há, assim, um núcleo intocável, qual seja, o direito de construir, preservando a propriedade urbana e o direito a ela correspondente. Ainda que esse direito de construir possa ser bastante reduzido em face das características da região em que se encontra, um mínimo essencial, norteado pelo princípio da razoabilidade, deve ser preservado.

Com tais considerações queremos dizer que as teorias do conteúdo mínimo da propriedade urbana e da vinculação situacional devem ser interpretadas conjuntamente, quando se trata da inerência do direito de construir ao direito de propriedade, permitindo, além da preservação do direito de construir, a correção de distorções que tal proteção possa eventualmente representar.

4.2.2. Argumentos a favor da inerência do direito de construir ao direito de propriedade

¹⁵⁶

Floriano de Azevedo Marques Neto, *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, p. 238.

Podemos, já nesse estágio, sintetizar as razões pelas quais se entende que o direito de construir está intimamente vinculado ao direito de propriedade, mais especificamente, à propriedade urbana. Muitas das razões já foram apresentadas acima. Algumas serão retomadas para a conclusão do tema, enquanto outras, porque suas respectivas análises já foram esgotadas, deixaremos de repeti-las.

4.2.2.1. Função social da propriedade urbana e contornos constitucionais da propriedade urbana

Quando tratamos da função social da propriedade urbana, apresentamos uma releitura de tal princípio, amparada por uma interpretação sistemática e harmônica da Constituição Federal.

A propriedade urbana, para que atinja a sua finalidade social, deve estar orientada à busca de uma finalidade economicamente útil, ou seja, a propriedade deve ser utilizada pelo proprietário de modo a que as características a ela inerentes sejam mais bem aproveitadas. Deve, ademais, estar voltada à Justiça Social, sem que de tal assertiva se possa depreender a estatização da propriedade, na medida em que a Constituição Federal assegurou, como direito individual, a propriedade.

A tais conclusões, acresça-se que a propriedade urbana deve propiciar o atendimento das funções urbanísticas de uma cidade, quais sejam

habitação, lazer, trabalho, transporte, proteção ao meio-ambiente e à qualidade de vida. A conduta dos proprietários urbanos deve, ainda, estar vinculada ao bem-estar dos habitantes da cidade, na medida em que é esta a finalidade social, insculpida no texto constitucional, que deve ser perseguida pelas cidades.

Tais elementos não permitem afirmar, como parte da doutrina propõe, que o conceito de propriedade em si tenha sofrido profunda alteração, ainda que o conteúdo do direito de propriedade tenha sido conformado pelo princípio da função social da propriedade. É bem verdade, e não temos como negar tal aspecto, o direito de propriedade não mais é absoluto, apresentando grandes limitações.

Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello em texto anterior à Constituição Federal de 1988, mas de conteúdo atual e aplicável à presente discussão, *“a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida que a realiza”*¹⁵⁷. Em outras palavras, o vocábulo “propriedade” não perdeu, em função do elenco do princípio da função social da propriedade dentre os direitos e garantias fundamentais, o seu conteúdo tradicional, não se podendo aceitar que a propriedade protegida seja apenas aquela que cumpra sua função social.

Com efeito, o termo “propriedade” inserido na Constituição Federal não pode ser uma palavra oca, vazia de conteúdo, que só possa ter o seu

¹⁵⁷

Novos Aspectos da Função Social da Propriedade, p. 41.

conteúdo definido em função da conjugação do princípio da função social da propriedade. O vocábulo “propriedade” carrega uma noção secular de que a ele são inerentes as faculdades de usar, gozar e dispor, bem como, de que de tais faculdades decorre o direito de construir.

A conclusão de que o princípio da função social da propriedade não alterou o sentido e o conteúdo de “propriedade” não permite afirmar que o direito de propriedade não mais possa ser visto com “olhos civilistas” e que, assim, as disposições do Código Civil a respeito da matéria surtiriam efeitos apenas nas relações privadas. Confira-se, novamente, Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ao pronunciar-se o som ‘propriedade’, todos entendem que está sendo feita alusão à possibilidade de usar, gozar e dispor de uma coisa. Donde, ter-se-á de entender que o Texto Constitucional, ao servir-se deste vocábulo, aludiu a sua significação corrente. Sendo as palavras meios de comunicação e havendo a Lei Maior se valido de uma palavra que possui sentido usual, uma vez que não a redefiniu, forçosamente haverá se utilizado dela na acepção que se lhe atribuiu correntemente.

Logo, o direito de usar do bem e de nele edificar, assim como o direito de dispor, são expressões do direito de propriedade, dele inseparáveis, pois é o plexo deste poderes de uso, gozo e

*disposição que, em sua unidade, recebe o nome de direito de propriedade*¹⁵⁸.

Tal conclusão é reforçada pela evidência de que o texto constitucional de 1969 já continha expressa referência à função social da propriedade e, nem por isso, se pretendia defender uma redefinição do próprio conteúdo da propriedade naquela época. Com efeito, o artigo 160 da Constituição anterior estabelecia que a *“ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”*.

Admite-se que a função social da propriedade não aparecia no capítulo que tratava dos direitos e garantias fundamentais. Entretanto, a exemplo da Constituição Federal de 1988, já se previa ser o princípio em comento norteador da ordem econômica e social. Com isso o princípio da função social da propriedade e as implicações dele decorrentes não são de todo inovadoras, de modo que, propor-se, apenas agora, uma redefinição de todo o sentido e alcance de “propriedade” parece ser uma tentativa de inovar-se o que já há muito foi inovado.

O conteúdo secular do direito de propriedade, portanto, estaria assegurado pela Constituição Federal, que não o redefiniu expressamente, apenas regulando o seu exercício, orientando a conduta do proprietário, como visto acima. Bastaria tal evidência para que a crítica formulada por aqueles que

¹⁵⁸

Ibidem, p. 42.

entendem que o conteúdo do direito de propriedade não mais pode ser ditado pelo Código Civil caísse por terra.

É importante considerar, ademais, que a interpretação do ordenamento jurídico não pode ocorrer à luz apenas de determinado grupo de normas jurídicas ou, então, levando-se em conta unicamente a Constituição Federal. Não se pode perder de vista que os princípios, como verdadeiras normas jurídicas que são, poderão desempenhar função normativa, integrando e complementando o direito. Por outro lado, e como visto no capítulo inaugural do presente trabalho, é através das regras jurídicas que maior densidade será dada àqueles princípios que carecem, justamente, de determinação. Ao mesmo tempo, são os princípios que servirão de referência axiológica para a edição das demais normas que compõem, não apenas o sistema constitucional, mas o ordenamento jurídico como um todo.

Em outras palavras, os princípios constitucionais, as normas constitucionais e as infraconstitucionais coexistem no ordenamento jurídico, de modo que às normas cumpre, justamente, a tarefa de dar maior determinação, densidade, concretude normativa aos princípios.

No caso da discussão proposta não poderia ser diferente. A Constituição Federal elegeu como garantias fundamentais dos cidadãos brasileiros o direito de propriedade e a observância de sua função social pelos proprietários, sem, entretanto, no caso da propriedade urbana e do princípio da função social da propriedade urbana, explicitar claramente o seu conteúdo e

alcance. Mais do que isso, a Constituição Federal não alterou o sentido tradicional que se tem de “propriedade”. Naturalmente, considerando ser o sistema jurídico um sistema integrado, é necessário que se vislumbrem as normas infraconstitucionais para que se tenha exata noção do sentido expressado pelos vocábulos “propriedade” e “função social da propriedade”. As respostas, como visto, são oferecidas pelo Código Civil, pelo Estatuto da Cidade e pelos planos diretores dos Municípios. São tais instrumentos normativos, no caso dos planos diretores e do Estatuto da Cidade, por expressa dicção constitucional, que o conteúdo e alcance de tais expressões poderão ser definidos.

O Código Civil, em seu artigo 1.228, *caput*, estabeleceu 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”. O parágrafo primeiro do mesmo artigo, por seu turno, determinou que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. O próprio Código Civil, portanto, já trouxe maior determinação às expressões contidas no texto constitucional (“direito de propriedade” e “função social da propriedade”) e o que se observa é que, em nenhum dos casos, alterou-se o sentido já conhecido de tais expressões.

De fato, ainda são asseguradas ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor de sua propriedade, faculdades essas, que aliadas ao

disposto no artigo 1.299 do Código Civil, no sentido de que “*o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos*”, asseguram o direito de construir aos proprietários.

Por outro lado, o parágrafo único do artigo 1.228, conjugado com as disposições dos planos diretores de cada um dos Municípios, permite definir o conteúdo do princípio da função social da propriedade, o qual, aliás, está em linha com a definição que se propôs acima. Tais disposições infraconstitucionais – as quais, frise-se, oferecem maior densidade normativa aos dispositivos constitucionais –, não autorizam o intérprete a unicamente com base no princípio da função social da propriedade desvincular o direito de construir e o direito de propriedade.

Não se pode, por outro lado, afirmar que o princípio da função social da propriedade seja letra morta na Constituição Federal. Não o é, por certo. Como dito acima, se antes era aceitável que a propriedade urbana fosse utilizada para especulação imobiliária, hoje não mais se admite tal conduta. Se, antes, o proprietário poderia lançar mão de suas faculdades de usar, gozar e dispor de maneira ilimitada, à luz do princípio em questão, não mais se tolera irresponsabilidades desse tipo. Ainda, se era admitido o desmatamento inconseqüente, hoje não mais se admite a urbanização descolada da proteção ao meio ambiente. Esse é o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana que pretendemos delinear acima. E, como tal, não tem o condão de

afastar a noção que se tem do direito de construir como estando vinculado à propriedade.

Em outras palavras, se não se admite que o direito de propriedade tenha sofrido profundas alterações como se propõe, também não se pode admitir que o direito de construir tenha sido desvinculado do direito de propriedade. Como decorrência direta das faculdades de usar, gozar e dispor, o direito de construir continua integrando a esfera de direitos do particular.

É bem verdade que, em muitos casos, o direito de construir resta praticamente eliminado, assegurando-se ao proprietário uma faculdade mínima de edificar o solo urbano. Todavia, mesmo nessa hipótese, como afirma José de Oliveira Ascensão, o direito de construir deve, ao menos, ser considerado em abstrato, na medida em que não mais se admite o exercício do direito de construir sem uma prévia autorização por parte do poder público¹⁵⁹. Assim, o direito de construir continua sendo assegurado em abstrato, compondo a esfera de direitos do particular, muito embora, não se possa negar o papel do Poder Público que, com vistas a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, estabelece regras, verdadeiras limitações administrativas, para o exercício do direito de construir.

Sem sombra de dúvidas tal interpretação se coaduna com a interpretação proposta ao princípio da função social da propriedade, na medida em que além de proteger as faculdades clássicas que compõem a esfera de

¹⁵⁹

O Urbanismo e o Direito de Propriedade, p. 325.

direitos do proprietário, dentre as quais, inclusive, o direito de edificar, garante que a propriedade cumpra a sua função social.

4.2.2.2. Apenas o proprietário poderá edificar a sua propriedade urbana

A garantia do direito de construir como um direito abstrato que compõe a esfera de direitos do particular implica, necessariamente, em outra conclusão: apenas o proprietário tem o direito de edificar em seu solo.

A tese ventilada de que o direito de construir, à luz do que dispõe o princípio da função social da propriedade, estaria apartado do direito de construir, cabendo ao Poder Público definir qual solo seria edificável e, bem assim, quais seriam os parâmetros para tal edificação, esbarra, a nosso ver, na noção de que apenas o proprietário é quem, no final das contas, poderá edificar o solo urbano. Admitir-se a tese contrária permitiria chegar à conclusão de que o Poder Público Municipal, porque titular da decisão de quando, onde e como se pode edificar, poderia autorizar aquele que não seria detentor da propriedade edificar em solo alheio.

Tal visão da matéria não é admissível. Vislumbrar-se a possibilidade de o Poder Público Municipal definir se terceiro terá ou não a faculdade de edificar o solo alheio é medida que ofende o direito de propriedade e, portanto, inconstitucional.

É bem verdade que inúmeros institutos do Direito Brasileiro permitem não proprietários edificar o solo alheio. Talvez o caso mais marcante seja o do direito de superfície, tratado pelo Código Civil e pelo Estatuto da Cidade. Em ambos os casos, entretanto, as disposições do artigo 1.369 do Código Civil e do artigo 21 do Estatuto da Cidade são bastante claras em determinar que apenas o proprietário é que poderá conceder a outrem o direito de superfície de seu terreno. Logo, ainda que seja possível edificar o solo alheio, o fato é que, em regra, faz-se necessária prévia autorização do proprietário, o que, aliás, apenas reforça o quanto exposto acima.

4.2.2.3. O direito de construir permanece amalgamado à propriedade descumpridora da sua função social

Há mais uma elemento que merece reflexão no que tange à discussão em torno do confronto entre o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade: a propriedade que não cumpre a sua função social poderá ser privada do direito de construir? A resposta é negativa. Ainda que o Estatuto da Cidade, amparado pela Constituição Federal, tenha estabelecido mecanismos de punição à propriedade que não cumpre a sua função social, o fato é que também foi garantida proteção à propriedade nesses casos. A mesma conclusão é apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A entender-se que o protegido é a propriedade função-social, ter-se-ia, conseqüentemente, que concluir ausente a proteção jurídica à ou às propriedades que não estivessem cumprido a função social. Estas, pois, deveriam ser suscetíveis de serem perdidas, sem qualquer indenização, toda e cada vez que fosse demonstrável seu desajuste à função social que deveriam preencher”¹⁶⁰.

É devido ao fato de não se admitir o caráter expropriatório que se impede que a propriedade descumpridora de sua respectiva função social seja simplesmente expropriada. Há, por certo, um itinerário a ser seguido pelo Poder Público Municipal antes de, propriamente, desapropriar o imóvel urbano. Deverão ser observadas toda as condições para o parcelamento, edificação ou utilização compulsória daqueles imóveis não edificadas, subutilizados ou não utilizados – e, assim, descumpridores de sua função social –, para cobrança de IPTU progressivo no tempo e, finalmente, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

A existência de um roteiro previamente estabelecido pela legislação aplicável significa dizer que à propriedade descumpridora de sua função também é assegurada a correta proteção, não havendo, em regra, nenhum mecanismo que retire desde logo do proprietário o seu direito de edificar a propriedade. Apenas ele está obrigado a edificar ou utilizar a sua propriedade e, apenas a ele, serão impostas sanções pela sua inércia.

¹⁶⁰

Novos Aspectos da Função Social da Propriedade, p. 41.

Com efeito, se bem observado, a título de exemplo, o instituto do parcelamento, edificação ou utilização compulsório, previstos nos artigos 5º e 6º do Estatuto da Cidade, apenas ao proprietário é lícito edificar em sua propriedade. Tanto é assim, que o proprietário deverá ser notificado pelo Poder Público Municipal para que cumpra as obrigações estabelecidas em lei.

Em síntese, o princípio da função social da propriedade, apesar de ter alterado bastante a regulamentação do direito de propriedade, conformando-o, inaugurando uma série de normas infraconstitucionais orientadas a limitar o exercício de tal direito, não tem, por si só, o condão de separar o direito de propriedade e o direito de construir. Tanto não o tem que, de maneira breve, se verificou que a propriedade descumpridora de sua função social também é protegida, não sendo retirado da esfera de direitos do proprietário o *jus aedificandi*. Apenas após ser observado toda uma seqüência de atos e fatos previstos em lei, é que restará autorizada a desapropriação da propriedade como um todo e, não, novamente, apenas a desvinculação do direito de construir do direito de propriedade.

4.2.2.4. Teorias do conteúdo mínimo e da vinculação situacional *versus* planificação

O plano diretor ocupa papel central em qualquer discussão que diga respeito ao direito de construir, inclusive a aqui proposta. Isso porque caberia ao plano diretor e à legislação municipal correlata definir o solo urbano edificável e,

mais do que isso, definir os padrões que seriam adotados para edificar-se o solo. Nas palavras de Daniel Gaio, “a *faculdade de construção é uma concessão adicional de natureza pública, que resulta do sistema de atribuição do plano urbanístico*” ¹⁶¹, de modo que a faculdade de edificar deve ser entendida como sendo um direito subjetivo público concedido pelo plano urbanístico.

A justificativa decorrente da planificação para defender-se a não inerência do direito de construir ao direito de propriedade encontra, a nosso ver, limites nas teorias do conteúdo mínimo da propriedade urbana e da vinculação situacional, de que tratamos no item 4.2.1 acima, ambas encampadas pela doutrina brasileira.

Primeiramente, no que tange à aplicação da teoria da vinculação situacional, não parece crível a possibilidade de que o plano diretor de determinado Município possa estabelecer regras para o exercício do direito de edificar em direção oposta às características do próprio imóvel, consideradas em face de sua situação, do local em que se encontra inserido no meio urbano. Não se trata, portanto, de o plano diretor definir exatamente qual fração do solo urbano será edificado e sob que condições, mas, sim, regular a ocupação segundo características que sejam inerentes ao próprio imóvel e à região em que localizado.

A esse respeito, vale lembrar que os planos urbanísticos se prestam, justamente, a realizar um levantamento da situação existente, identificando os

¹⁶¹

A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar, p. 133.

usos e ocupações já implantados, buscando adequar o novo plano a ser elaborado à realidade¹⁶².

Em outras palavras, pode-se afirmar que o plano diretor não é um instrumento legislativo “criador” do direito de construir, mas, sim, “regulador”. O direito de construir, como ressalta José de Oliveira Ascensão¹⁶³, existe em abstrato, compondo a esfera de direitos do proprietário, de modo que o plano diretor tem a função apenas de, dadas as características do imóvel, regradar o seu uso e ocupação, bem como as regras edilícias a ele aplicáveis. E, como se disse, as limitações administrativas que decorrerão do plano diretor e, assim, do princípio da função social da propriedade, regularão o exercício da propriedade e, bem assim, do direito de propriedade.

Em linha com a teoria da vinculação situacional está a do conteúdo mínimo do direito de propriedade, que, como visto, corresponde no ambiente urbano ao próprio direito de edificar. Atingir-se, em abstrato, esse direito de edificar, significa suprimir o próprio direito de propriedade de que é titular o proprietário urbano, o que não se admite em face do ordenamento jurídico brasileiro.

Novamente, aqui se questiona o papel do plano diretor. Naturalmente, caberá a tal instrumento de ordenação do espaço urbano limitar e até mesmo reduzir o direito de edificar. No entanto, não se cogita da possibilidade de extinção do direito de construir, tampouco da redução dos padrões que

¹⁶² Fernando Alves Correia, *Manual de Direito do Urbanismo*, p. 328.

¹⁶³ *O Urbanismo e o Direito de Propriedade*, p. 324.

regulam sua edificabilidade para patamares irrisórios, justamente porque nessas hipóteses estar-se-ia atingido frontalmente o próprio direito de propriedade.

Ao encarar o zoneamento urbano como verdadeira limitação administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que, considerando ter a Constituição Federal garantido o direito de propriedade, as disposições infraconstitucionais que o regulem, como o zoneamento (agora, como se sabe, amparadas pelo princípio da função social da propriedade), *“não são ilimitadas, pois não podem atentar contra o que há de essencial no direito de propriedade”*¹⁶⁴. Em outras palavras, *“embora às normas infraconstitucionais caiba delinear o direito em apreço, não lhes é dado pretender fazê-lo em termos tais que lhe suprimam atributos indispensáveis”*¹⁶⁵.

Isso significa dizer, pois, que, ainda que amparadas pelo princípio da função social da propriedade e pelo plano diretor aplicável, as limitações administrativas não podem atingir o núcleo essencial do direito de propriedade, que, no caso da propriedade urbana, corresponde ao *jus aedificandi*, decorrência clara e direta das faculdades de usar, gozar e dispor.

Concluindo, cremos que o plano diretor não tem o condão de criar o direito de construir. Na verdade, é mais um instrumento legislativo voltado à regulação do direito de propriedade, o qual, entretanto, deverá observar o conteúdo mínimo do direito de propriedade urbana, qual seja, o *jus aedificandi*, e as características do local em que o imóvel encontra-se situado.

¹⁶⁴ *Natureza Jurídica do Zoneamento*, p. 61.

¹⁶⁵ *Ibidem*, mesma página.

4.2.2.5. A justa indenização

Não importa, para os fins propostos no presente trabalho, nos determos na discussão a respeito da natureza das restrições ao direito de propriedade, principalmente no que se refere ao exercício e estrutura do direito de propriedade.

Importa saber, sim, que em linhas gerais parte majoritária da doutrina administrativista brasileira entende que as limitações administrativas, quando dotadas de generalidade, não gerariam o direito do proprietário de ser indenizado¹⁶⁶.

Do mesmo modo, certos autores entendem que as servidões administrativas, quando impostas por lei, também não gerariam o dever da Administração Pública de indenizar o particular porque, nessa hipótese, o sacrifício seria imposto a toda uma coletividade de imóveis que se encontram, ou se encontrariam, na mesma situação¹⁶⁷.

Não obstante tais posicionamentos, é preciso hoje questionar o dogma de que a generalidade da medida restritiva de direitos, por si só, levaria à inindenizabilidade. Como bem ressalta José de Oliveira Ascensão, “*pelo facto de*

¹⁶⁶ Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 587; Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal*, p. 496; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 756-757; e Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 127.

¹⁶⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 147.

*uma restrição ser genérica não se infere necessariamente que ela não deva ter contrapartida em indemnização. Há restrições genéricas que atingem gravemente de mais o direito de propriedade para poderem dispensar do pagamento de indemnização, face à tutela constitucional da propriedade*¹⁶⁸. O que deve ser levado em conta, portanto, é a intensidade da privação do direito de propriedade ou¹⁶⁹, então, até que ponto o conteúdo mínimo do direito de propriedade urbana está sendo atingido pela medida restritiva de direitos.

Como já dissemos acima, não há grande discussão em torno da impossibilidade de se eliminar, de se atingir, o conteúdo mínimo do direito da propriedade. No mesmo sentido, afirmamos que o conteúdo mínimo da propriedade urbana corresponde ao *jus aedificandi*, de modo que, suprimido o direito de edificar do proprietário, extinto restará o direito de propriedade, abrindo-se ao particular o direito de requerer justa indenização em face da Administração Pública. Em outras palavras, é assegurado ao particular o direito de ser indenizado toda vez que o direito de edificar lhe for suprimido.

Assim, tanto a teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade quanto a da vinculação situacional acabam por refletir diretamente na justa indenização que seria devida ao proprietário caso o direito de edificar fosse regulado em contrariedade à situação do imóvel ou, então, na hipótese de o conteúdo mínimo do direito de propriedade ser atingido. Tal aspecto, *i.e.*, a indenizabilidade do particular, é mais um dos argumentos em favor da inerência do direito de construir ao direito de propriedade.

¹⁶⁸ *O Urbanismo e o Direito de Propriedade*, p. 326.

¹⁶⁹ Daniel Gaio, *A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar*, p. 144.

É curioso, quanto a esse ponto, que até mesmo aqueles que defendem a desvinculação do direito de construir e do direito de propriedade assumem a necessidade de que o proprietário urbano que tenha o seu direito de edificar atingido seja indenizado. Veja-se, a esse respeito, o que diz Daniel Gaio:

*“É o que sucede com a previsão de espaços verdes privados, no interior de espaços edificáveis, nos quais é vedada toda e qualquer edificação. Entende-se, dessa forma, que aos proprietários destes espaços verdes deve ser reconhecido um direito de indenização, já que a medida do plano urbanístico esvazia o direito à propriedade do solo, impossibilitando o respectivo titular de dar ao bem uma utilização correspondente à sua vocação edificatória, o seja, o uso típico e próprio dos bens da mesma zona e da categoria dos bens em que ele se insere”*¹⁷⁰.

Ora, admitir-se a possibilidade de indenização do proprietário, que teve o seu direito de edificar suprimido em função de ingerências do plano diretor municipal alterando a qualificação urbanística do solo urbano, significa dizer que o direito de edificar continua sendo um direito subjetivo do proprietário. Caso contrário, não se admitiria o direito à justa indenização, na medida em que o direito de construir não comporia a esfera de direitos do particular.

¹⁷⁰

A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar, p. 151. Nesse mesmo sentido, como visto, é o que diz Fernando Alves Correia, em seu “Direito do Urbanismo”, quando assume que medidas do Poder Público que atinjam o núcleo essencial do direito de propriedade, porque dotadas de caráter expropriativo, devem implicar na indenização do particular (p. 683).

Em síntese, portanto, a definição pelo plano diretor de regras para uso e ocupação do solo não pode implicar na extinção ou redução imotivada e irrazoável do *jus aedificandi*, sob pena de ser devida ao proprietário justa indenização pelas restrições que lhe foram impostas. E, considerando ser assegurado o direito à indenização, resta comprovada, também por esse argumento, a inerência do direito de construir ao direito de propriedade.

Nesse estágio seria importante discutir se o direito à indenização proposto acima compõe ou não a esfera de direitos do proprietário independentemente de qualquer intenção de sua parte em edificar o solo. Dito de outro modo, o direito a tal indenização dependeria ou não de um ato administrativo ou legal que autorizasse o proprietário, anteriormente à edição do plano, a construir em sua propriedade.

Fernando Alves Correia, fazendo alusão a decisões dos Tribunais Portugueses, afirma o seguinte:

“A indenização pela subtracção ou pela diminuição do ‘jus aedificandi’ causada por uma disposição de um plano dotado de eficácia plurisubjetiva pressupõe, em geral, nos casos em que a ela haja lugar, que esse ‘direito de construir’ esteja consolidado na esfera jurídica do particular por um acto administrativo válido ou tenha sido atribuído por um plano municipal, desde que as

*disposições deste tenham um tal grau de especificidade ou de concreteza que confira, por si mesmo, um direito de edificação*¹⁷¹.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil posicionou-se em sentido oposto ao aventado pela Corte Portuguesa. Admitiu-se que “a *limitação legal ou física encerra expropriação, a qual, no nosso sistema constitucional, que também protege a propriedade, gera indenização*”. Mais do que isso, no julgamento reconheceu-se que a restrição ao uso e disposição de glebas de terras inseridas em áreas de proteção ambiental deve ser indenizada tanto pelo valor de mercado da propriedade, quanto pela exploração econômica da cobertura vegetal, tudo de modo a se garantir a justeza da reposição patrimonial¹⁷².

Nessa mesma linha, há um acórdão também do Superior Tribunal de Justiça, em que se consignou que “o *fato de os expropriados haverem adquirido terras após a constituição do Parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub rogaram, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações*”¹⁷³. Em outras palavras, além de assegurar o direito à justa indenização com base no valor da redução patrimonial decorrente do ato expropriativo, dispensou o Superior Tribunal de Justiça a necessidade de que o proprietário fosse surpreendido por tal medida.

¹⁷¹ *Manual de Direito do Urbanismo*, 707.

¹⁷² Recurso Especial nº 439.192-SP – 1ª Turma do STJ – Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Relator para acórdão Ministro Luiz Fux. Julgamento realizado em 07 de dezembro 2006. Publicação no DJ em 08 de março 2007, p. 160.

¹⁷³ Recurso Especial nº 209.297-SP – 2ª Turma do STJ – Relator Ministro Paulo Medina. Julgamento realizado em 02 de dezembro 2002. Publicação no DJ em 10 de março 2003, p. não informada.

Não parece ser essa, entretanto, a interpretação que o Supremo Tribunal Federal faz da matéria. Com efeito, não obstante reconhecer a necessidade de justa indenização¹⁷⁴, a Corte Suprema em matéria constitucional entende que, sendo as limitações ao direito de edificar posteriores à aquisição da propriedade, não se assegura o direito à indenização:

“Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao Poder Público”¹⁷⁵.

A questão comporta acirrados debates. Não se pode mesmo admitir que o direito de construir seja indenizável abstratamente, sob pena de criar-se a possibilidade de indenização da mera expectativa de direito¹⁷⁶. Mas por outro

¹⁷⁴ Recurso Extraordinário nº 134.297-8-SP – 1ª Turma do STF – Relator Ministro Celso de Mello – Julgamento realizado em 13 de junho de 1995. Publicação no DJ em 22 de setembro de 2005, p. 30.597.

¹⁷⁵ Recurso Extraordinário nº 140.436-1 – 2ª Turma do STF – Relator Ministro Carlos Velloso – Julgamento realizado em 25 de maio de 1999. Publicação no DJ em 06 de agosto de 1999, p. 45.

¹⁷⁶ Confira-se, a esse respeito, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: *“Falta amparo jurídico para pensar-se em direito adquirido, invocando-se a Constituição Federal. O direito que se irradiara à apelante não foi o direito de construir (com ou sem alterações de projeto, ou com novo projeto) foi outro – foi o direito formativo gerador de obter alvará de construção. Pela lei municipal não se constrói na cidade sem alvará. Não há pois chegar ao direito de construir sem se passar antes pelo direito de gerar procedimentalmente aquele. Para se construir é preciso, antes, ter o direito de chegar a ele através de um procedimento administrativo que o gera. O direito a gerar direito em procedimento é o direito formativo gerador (...). Bem por certo, já tinha a apelante o direito formativo gerador: estabelecera relação processual-administrativa com o município-réu, ao ser*

lado, não parece correto vincular-se o direito à indenização, no espaço urbano, à expedição de alvará de construção ou, então, à definição por meio de leis com efeitos concretos das condições sob as quais o proprietário poderia edificar sua propriedade¹⁷⁷.

O debate envolve aspectos muito mais sensíveis e, a nosso ver, seria resolvido casuisticamente, à luz do princípio da razoabilidade. Por certo não se deve admitir o direito à indenização abstratamente, mas, por outro lado, há imóveis que, dada a sua situação, as condições que conformam o direito de edificar surgem de maneira hialina. Seria o caso, por exemplo de imóvel localizado na Avenida Paulista, cuja situação oferece elementos bastante claros quanto à possibilidade de ser ele edificado. Basta, para tanto, que se vislumbre os imóveis lindeiros. Evidentemente a legislação de uso e ocupação do solo poderá reduzir o gabarito da construção ou mesmo o coeficiente de aproveitamento do solo, devendo o proprietário observar tais alterações. Entretanto, a redução de tais elementos não poderá atingir o núcleo essencial do direito de edificar um imóvel na Avenida Paulista (conceito esse que, na visão do Supremo Tribunal Federal, por gerar o aniquilamento da propriedade, acarretando a obrigação de indenizar o particular). Reduzir-se o gabarito de vinte e cinco para vinte andares, por exemplo, parece ser medida que preserva o direito de edificar do proprietário

recebido o seu pedido inicial de aprovação do projeto. Foi pouco antes de entrar em vigor a dita Lei 3.297/86. Logo, essa lei violou o direito (formativo gerador) da autora apelante. Feriu-se então com ela direito adquirido (formativo gerador) da apelante? A resposta é não” (Ap. nº 168.055-1/0 – 2ª Câmara de Direito Privado – Rel. Des. Costa de Oliveira – J. 22 de dezembro de 1992 – RT 693/122).

177

Anotese aqui a posição defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso de Direito Administrativo*, p. 427) e o precedente do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 85.002 – 2ª Turma – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento realizado em 01 de dezembro de 1976 – Publicado no DJ no dia 11 de março de 1977, p. não informada), no sentido de que, enquanto não iniciada a construção, não há que se falar em direito adquirido, mesmo já tendo sido concedida autorização para tanto.

– e, conseqüentemente, o conteúdo mínimo do direito de propriedade –, na medida em que está em consonância com os padrões estabelecidos, em geral, para as edificações localizadas em tal via. Não obstante, a redução de vinte e cinco para cinco andares, por exemplo, poderia não ter o mesmo efeito, surgindo daí o dever de indenizar o proprietário, consoante a redução de seu patrimônio, correspondente, *in casu*, à redução do aproveitamento econômico da propriedade¹⁷⁸.

A partir do exemplo dado, o dever de indenizar o proprietário que tem o seu direito de edificar atingido independeria de qualquer alvará ou autorização para a construção. Em outras situações, é possível que não se vislumbre, com tanta facilidade, em função da situação do imóvel, em que consistiria o direito de edificar naquela determinada área e, assim, até que ponto ele poderia ser conformado pelo plano diretor. Nesses casos, sim, poder-se-ia exigir a comprovação de que o proprietário já teria algum tipo de autorização para a construção, que lhe assegurasse condições mais benéficas do que aquelas previstas na novel legislação.

¹⁷⁸

Não estamos em linha, nesse ponto, com Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor, ao tratar do zoneamento, assina o seguinte: “Basta pensar-se em zoneamento que altere a destinação anterior de uma área, passando-a de residencial para comercial ou vice-versa. A mudança em causa pode significar desvalorização dos lotes não edificados ou já edificados. *Idem*, quando se alteram, para menos, os coeficientes de edificação admitidos. Nem por isso o direito de propriedade é atingido. Conservado seu uso, gozo e disposição funcionais ou plausíveis, não há ofensa a direito, mas, tão-só, delineamento de seu âmbito, motivo por que descabe qualquer indenização, embora seja produzido efeito desvalorizador” (*in Natureza Jurídica do Zoneamento*, p. 61). Cremos que o autor tem razão se a questão é enfrentada abstratamente. Todavia, à luz da teoria da vinculação situacional e do conteúdo mínimo da propriedade, a análise de casos concretos indica que a alteração de coeficientes de aproveitamento pode atingir diretamente o núcleo do direito de propriedade. Nesse caso, a limitação administrativa, amparada sempre pelo princípio da função social da propriedade, passaria a configurar um sacrifício de direito e, portanto, passível de indenização.

De todo modo, não se pode negar que ao proprietário urbano será devido algum tipo de compensação ou indenização, sob pena, inclusive, de as medidas previstas no plano diretor assumirem caráter expropriatório. Referida indenização, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, é devida em casos que, devido ao aniquilamento do direito de construir, perde utilidade a propriedade. Tal circunstância parte da premissa de que o direito de edificar é inerente à propriedade, o que ratifica o posicionamento que aqui defendemos.

4.2.2.6. Questões decorrentes do Estatuto da Cidade

4.2.2.6.1. Transferência de potencial adicional de construção

Diversos institutos previstos pelo Estatuto da Cidade tratam do direito de construir. No capítulo três acima, tratamos de alguns deles, todos relacionados à suposta desvinculação existente entre o direito de construir e o direito de propriedade, quais sejam, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir.

Tais institutos tratam, essencialmente, da possibilidade de o proprietário de determinado imóvel urbano exercer o seu direito de construir em outro imóvel. Discute-se, nesses casos, a desvinculação do direito de construir do direito de propriedade uma vez que o próprio Estatuto da Cidade definiu a necessidade de que o Poder Público Municipal autorize o exercício desse direito

em outro imóvel. Tais institutos seriam, pois, indicativos da tese contrária a que expomos, demonstrando que o direito de construir não mais estaria vinculado ao direito de propriedade.

A questão, entretanto, não pode ser encarada com tal simplicidade. É importante entender “direito de construir” e “potencial construtivo” como institutos distintos. Com efeito, quando o Estatuto da Cidade refere-se à outorga onerosa do direito de construir, à transferência do direito de construir e às operações urbanas consorciadas, trata, na realidade, de aquisição ou transferência de potencial construtivo e não de direito de construir.

Com efeito, a partir do momento em que se fixa a premissa de que o direito de construir, ainda que abstratamente, compõe a esfera de direitos do proprietário urbano, não se poderia admitir, por exemplo, a sua transferência, como estabelece o artigo 35 do Estatuto da Cidade. Logo, estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade de tal dispositivo, na medida em que a ligação entre o direito de construir e o direito de propriedade, tal como proposto acima, tem raízes constitucionais.

É por tal razão, portanto, que se deve entender tais institutos como tratando de potencial construtivo e não como direito de construir em si. Feita tal distinção, não há que se falar em ofensa à Constituição Federal, tampouco em contrariedade à vinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade. Victor Carvalho Pinto, tratando da transferência do direito de construir, chega a conclusão idêntica:

“Se o direito de construir é único para cada terreno, como se explica a transferência do direito de construir de um terreno para outro? A resposta exige que se faça uma distinção conceitual. O que se transfere não é o direito de construir propriamente dito, mas o potencial construtivo, correspondente a uma quantidade de consumo da infra-estrutura existente em determinada área. O potencial construtivo pode existir independentemente de um terreno específico. Edificações distintas, sobre terrenos distintos, podem apresentar os mesmos impactos sobre a infra-estrutura existente. O que se transfere entre particulares, portanto, não é o direito de construir, mas o potencial construtivo, que não se vincula a um terreno específico”¹⁷⁹.

A questão parece bastante simples se encarada dessa forma, mas não é. Não é, porque por trás dela existe a concepção de que o direito de construir vincula-se a uma propriedade, a um imóvel em específico, ao passo que o potencial construtivo não. Ao tratar das operações urbanas consorciadas, o Estatuto da Cidade, em seu artigo 34, estabelece que o Município poderá emitir determinado número de certificados de potencial adicional de construção, que poderão, a teor do parágrafo primeiro do mesmo artigo, ser conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

¹⁷⁹

Direito Urbanístico, p. 325.

O que se verifica, portanto, é que os certificados de potencial adicional de construção poderão ser adquiridos até mesmo por quem não seja proprietário, que poderá negociá-los livremente¹⁸⁰. Não há, portanto, entre os certificados de potencial adicional de construção e o direito de propriedade nenhuma vinculação direta. Mais do que isso, não há identificação conceitual entre o potencial adicional de construção e o direito de construir. É bem verdade que o potencial adicional de construção acabará, ao final, convertendo-se em direito de construir, o qual poderá ser exercido, apenas, em imóvel de propriedade daquele que absorveu os certificados em questão. Ou seja, ao final, apenas o proprietário que adquirir tais certificados poderá edificar o seu imóvel, o que leva a afirmar que o que se transfere é potencial adicional de construção e não direito de construir, na medida em que este continua podendo ser exercido apenas pelo proprietário.

Veja-se que a mesma conclusão decorre da outorga onerosa do direito de construir. Admite o artigo 28 do Estatuto da Cidade que o plano diretor dos Municípios fixe áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário. Pode-se, a partir de tal dispositivo, identificar claramente uma distinção entre o direito de construir em si e o potencial adicional de construção, nesse caso identificado ao próprio conceito de solo criado.

¹⁸⁰

Vale anotar que os certificados de potencial adicional de construção foram regulamentados pela Instrução da Comissão de Valores Mobiliários 401, de 29 de dezembro 2003, que dispõe sobre os registros de negociação e de distribuição pública de Certificados de Potencial Adicional de Construção – Cepac.

Mais do que isso, também nesse caso, verifica-se que apenas o proprietário poderá edificar no seu imóvel, reforçando a inerência do direito de construir ao direito de propriedade. Concede-se que o potencial adicional de construção seja outorgado pelo Poder Público Municipal, mas apenas o proprietário, porque detentor do direito abstrato de construir, poderá converter tal potencial em direito de construir.

Há um elemento que também deve ser considerado quando se contrapõe o direito de construir e o potencial adicional de construção. Enquanto, no primeiro caso, o exercício do direito de construir é revestido de caráter de gratuidade, até mesmo porque, como se disse acima, compõe a esfera de direitos do particular, no segundo caso, exige-se do proprietário determinada contrapartida, como forma de compensação do Poder Público.

Em outras palavras, exige-se a contrapartida do proprietário porque o potencial adicional de construção é de titularidade da comunidade, na medida em que o meio ambiente urbano é bem de uso comum do povo. Caso tal contrapartida não fosse exigida, estar-se-ia diante de uma verdadeira apropriação privada do “direito de construir adicional”, decorrente do potencial adicional de construção.

No caso do direito de construir, a discussão perde relevo. O direito de construir está vinculado a um terreno em específico e, bem assim, a um proprietário, ou conjunto de proprietários, de modo que apenas ele poderá edificar a propriedade urbana ou permitir que outros o façam, como ocorre no caso da

outorga do direito de superfície a um terceiro, outorga essa que, como visto, apenas ao proprietário compete fazer.

Lembre-se, a esse respeito, que muitos autores, como José Afonso da Silva¹⁸¹, afirmam que o direito de construir está amalgamado ao direito de propriedade ao menos até o limite imposto pelo coeficiente básico de aproveitamento do solo. A existência de um direito de construir vinculado ao direito de propriedade e a possibilidade de se edificar acima do limite imposto pelo coeficiente básico de aproveitamento do solo, mediante a absorção de potencial adicional de construção, demonstram que o direito de edificar não se confunde com o potencial adicional de construção.

Tais conclusões a respeito da diferenciação que deve ser feita entre o direito de construir e o potencial adicional de construir reforçam a inerência do direito de construir ao direito de propriedade. Enquanto não se pode falar em direito de construir sem que haja propriedade, o potencial adicional de construção independe da existência de uma propriedade determinada, não sendo necessário, ademais, que o detentor dos certificados de potencial adicional de construção também seja proprietário. Todavia, o detentor de tais certificados apenas poderá exercer o direito de construir deles decorrentes em imóvel de sua propriedade.

Em conclusão, temos que a discussão a respeito dos institutos da outorga onerosa do direito de construir, da transferência do direito de construir e dos certificados de potencial adicional de construção expedidos no âmbito das

¹⁸¹ *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 269.

operações urbanas consorciadas, portanto, não influencia no quanto acima se expôs, a respeito da vinculação entre direito de propriedade e direito de construir. Tal se deve, justamente, a diferenciação que deve haver entre direito de construir e potencial adicional de construção.

4.2.2.6.2. Os parâmetros para a definição do coeficiente básico de aproveitamento

Floriano de Azevedo Marques Neto identifica, como se disse acima, três parâmetros que deverão ser observados na definição do coeficiente básico de aproveitamento do solo: (i) a impessoalidade, ou seja, a necessidade de que o coeficiente seja único, não gerando situações discriminatórias entre particulares; (ii) a finalidade, indicativo de que o coeficiente de aproveitamento deverá ser fixado apenas em função das diretrizes estabelecidas pelo plano diretor; e (iii) a impossibilidade de se desnaturar o direito de propriedade¹⁸².

No que diz respeito ao primeiro elemento, cremos, assim como Florianio de Azevedo Marques Neto, que o Estatuto da Cidade não andou bem ao admitir a possibilidade de serem estabelecidos diferentes coeficientes básicos de aproveitamento do solo, porque tal providência não observa o princípio da impessoalidade e, bem assim, da isonomia. É o que assinala o autor: “*Como já foi*

182

Outorga Onerosa do Direito de Construir, p. 236-237.

*assaz apontado, trata-se de uma limitação do direito de propriedade, sendo de rigor que tal crivo de limitação atinja igualmente todos os proprietários*¹⁸³.

Apenas se considerado um coeficiente básico de aproveitamento para toda a cidade, o que prestigiaria a impessoalidade e, bem assim, o próprio princípio da isonomia, é que se poderia, ao menos em tese – e sob uma perspectiva exclusivamente infraconstitucional –, aceitar a tese da desvinculação acima do coeficiente básico de aproveitamento do solo. Isso porque todos os proprietários de terras urbanas seriam titulares do mesmo direito abstrato de propriedade, qual seja, um direito de propriedade que lhe assegura o exercício do direito de construir ao menos até o limite imposto pelo coeficiente básico de aproveitamento.

Todavia, a partir do momento que o próprio legislador previu expressamente a possibilidade de diferentes coeficientes, assumiu tratamento diferenciado aos particulares. Assim, um determinado particular seria titular de um direito de propriedade mais “extenso” que outro, sendo que tal benefício não decorreria da existência de limitações administrativas, mas, sim, do próprio conceito abstrato do direito de propriedade. Como tal situação levaria à quebra da isonomia, e, assim, à violação do princípio da igualdade, cremos que ao permitir a adoção pelos Municípios de diferentes coeficientes básicos de aproveitamento, o legislador optou por manter o direito de construir vinculado ao direito de propriedade. Essa é, inclusive, a conclusão que já havíamos antecipado nos itens 3.2 e 3.3 acima.

¹⁸³

Ibidem, p. 238-239. Nessa mesma linha, citamos José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, p. 263.

Paralelamente, como visto à exaustão no presente trabalho e como se depreende dos parâmetros que norteiam o coeficiente básico de aproveitamento do solo, não se permite que o direito de propriedade seja extinto em função da aplicação do instituto do solo criado. Como se viu, à propriedade urbana corresponde um núcleo intocável, sem o qual a propriedade restará extinta. Não se poderia obrigar o particular a edificar apenas mediante a aquisição de potencial de construção. Vislumbrando-se a impossibilidade de que tal situação ocorra, fica claro que ao proprietário é assegurado o direito de edificar, ao menos até os limites impostos pelo coeficiente básico de aproveitamento do solo.

Por fim, e também já abordamos esse aspecto, ao tratar dos institutos da outorga onerosa do direito de construir, das operações urbanas consorciadas e da transferência do direito de construir, o Estatuto da Cidade estabeleceu expressamente que a possibilidade de edificar acima do coeficiente básico de aproveitamento e de transferir o direito de construir seja exercida apenas pelo proprietário. Em outras palavras, ainda que se admita que a construção acima dos limites impostos dependa de concessão pela Administração Pública de potencial adicional de construção (ou, então, de autorização para transferência do direito), o fato é que apenas o proprietário, detentor do direito de construir, poderá exercer as faculdades permitidas pelo Estatuto da Cidade.

Por tais razões, somos levados a crer que o legislador do Estatuto da Cidade, ao regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal, optou por

manter o direito de edificar amalgamado ao direito de propriedade, em linha, aliás, com a melhor interpretação que se deve fazer do texto constitucional.

CONCLUSÃO

Toda a discussão proposta a respeito da suposta desvinculação entre direito de construir e direito de propriedade, parte, necessariamente, da análise do conteúdo do direito de propriedade e do princípio da função social da propriedade, ambos constitucionais. Como verdadeiras garantias fundamentais, devem ser interpretados conjuntamente. Isso significa dizer, portanto, que a elevação do princípio da função social da propriedade à categoria de direito fundamental não poderia importar na extinção do direito de propriedade. Por outro lado, não mais se admite o uso desabusado da propriedade, em contradição a valores como Justiça Social e proteção ao meio ambiente. Em síntese, direito de propriedade e princípio da função social da propriedade devem coexistir no ordenamento jurídico.

A harmonização entre o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade indica um novo conteúdo do direito de propriedade. A propriedade está vinculada àquelas faculdades clássicas atribuídas ao proprietário, quais sejam, usar, gozar e dispor, devendo, também, atingir uma finalidade economicamente útil, cumprindo a sua vocação e as potencialidades a ela inerentes e, ainda, estar orientada à Justiça Social e à proteção do meio ambiente.

A função social da propriedade urbana, além de indicar tais finalidades (adequação a uma finalidade economicamente útil e orientação à

Justiça Social e à proteção do meio ambiente), tem seus contornos traçados pela legislação infraconstitucional, em especial pelo Estatuto da Cidade e pelos planos diretores de cada um dos Municípios. Também, é necessária a observância da função social das cidades, aqui consideradas como abarcando as funções urbanísticas que devem propiciar: trabalho, lazer, habitação, transporte, qualidade de vida e preservação do meio ambiente. Apenas após a conjugação de todos esses elementos é que se pode identificar a extensão da função social da propriedade urbana e, bem assim, o conteúdo da propriedade urbana.

Definido o sentido e alcance do princípio da função social da propriedade, percebe-se facilmente que não tem ele o condão, por si só, de retirar do proprietário urbano o direito de edificar. Isso porque além de o direito de propriedade continuar figurando no rol de garantias fundamentais constitucionais, apartado do princípio da função social da propriedade, a expressão “propriedade” ainda carrega consigo o seu conteúdo semântico secular e, assim, aquelas faculdades que lhe são tradicionalmente inerentes e das quais decorre o direito de edificar. É bem verdade que a edificação do solo urbano não é ilimitada. Encontra conformação em todas as limitações administrativas que, direta ou indiretamente, decorrem do princípio da função social da propriedade.

Outro elemento que se deve assinalar na defesa da vinculação do direito de construir ao direito de propriedade decorre da interpretação de teorias como a da vinculação situacional e do conteúdo mínimo do direito de propriedade urbana. De tais teorias, mormente daquela que define o conteúdo mínimo do direito de propriedade, podemos afirmar que, ainda que amparadas pelo princípio

da função social da propriedade, as limitações administrativas não podem atingir o núcleo essencial do direito de propriedade. No caso da propriedade urbana, o tal núcleo corresponde ao direito de construir, sem o qual faleceria ela de utilidade.

Ainda a partir da análise da vinculação situacional e do conteúdo mínimo do direito de propriedade urbana, verificamos que, até mesmo aqueles autores que defendem a desvinculação entre o direito de propriedade e o direito de construir, admitem a possibilidade de indenização ao particular em casos de sacrifício do direito de propriedade, quanto atingido seu núcleo essencial – no caso da propriedade urbana, repita-se, o *jus aedificandi*.

Nesse sentido, ventilar-se a possibilidade de indenização do proprietário que teve o seu direito de edificar suprimido em função de ingerências do plano diretor municipal significa dizer que o direito de edificar continua sendo um direito subjetivo do proprietário. Caso contrário, não se poderia admitir o direito à justa indenização, como ocorre.

Por fim, verificou-se que o fato de o Estatuto da Cidade ter regulado institutos como a transferência do direito de construir em nada alterou a posição aqui defendida. Isso porque, a legislação referida trata, essencialmente, da transferência de potencial adicional, conversível em direito de construir, e não da transferência do direito de construir em si. A partir da evidência de que o Estatuto da Cidade trata de institutos diferentes, falece a assertiva de que teria dito

Estatuto referendado a suposta desvinculação entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Todos esses argumentos nos levaram à conclusão de que o direito de construir continua compondo a esfera de direitos do particular, estando diretamente ligado ao direito de propriedade.

BIBLIOGRAFIA

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Urbanismo e o Direito de Propriedade. In AMARAL, Diogo Freitas do. Direito do Urbanismo. Lisboa, Portugal: Instituto Nacional de Administração, 1989.

ÁVILLA, Humberto. Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Natureza Jurídica do Zoneamento; Efeitos. Revista Trimestral de Direito Público 61 – Jan./Mar. de 1982.

_____. Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público. Revista Trimestral de Direito Público 84 – Out./Dez. de 1987.

_____. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. in Temas de Direito Constitucional – T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor, in DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.), Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMMAROSANO, Márcio. O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2003.

CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORREIA, Fernando Alves. Manual de Direito do Urbanismo – vol. 1. 3ª ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. Solo Criado: Constitucionalidade da Outorga Onerosa de Potencial Construtivo. In DALLARI, Adilson Abreu e SARNO, Daniela Campos Libório di, Direito Urbanístico e Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DERANI, Cristine. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo da Função Social. Revista de Direito Ambiental 27 – 2002.

_____. Tutela Jurídica da Apropriação do Meio Ambiente e as Três Dimensões da Propriedade. Revista de Direito Ambiental da Amazônia 1 – Ago./Dez. de 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GAIO, Daniel. A Propriedade Urbana e o Direito de Edificar. Revista de Direito Ambiental 20 – Out/Dez de 2000.

GASPARINI, Diogenes. O Estatuto da Cidade. São Paulo: Editora NDJ, 2002.

_____. Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade Imóvel: seu conceito, sua garantia e a função social na nova ordem constitucional. Revista dos Tribunais 669 – Jul. de 1991.

GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano. São Paulo: RT, 1983.

LEAL, Rogério Gesta. Direito Urbanístico – Condições e Possibilidades da Constituição do Espaço Urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de Direito Urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOMAR, Paulo José Villela. Operação Urbana Consorciada. in DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.), Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. A Propriedade Como Relação Jurídica Complexa. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao Direito de Propriedade – De acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado). in DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.), Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.). Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2007 – Comentários. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 9ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Campos Libório di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Estudos e Pareceres de Direito Público – Volume IX. São Paulo: RT, 1986.

_____. Direito Municipal Brasileiro. 13ª ed. Atual. Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, Yara Police. A Função Social da Propriedade e os Instrumentos de Intervenção Urbanística. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

_____. SILVA, Egle Monteiro da. Transferência do Direito de Construir. in DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.), Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUNES, Luiz Antonio. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva, 1996.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade. São Paulo: RT, 2005.

REIS, Nestor Goulart. Notas sobre Urbanização Dispersa e Novas Formas de Tecido Urbano. São Paulo: Via das Artes, 2006.

_____. TANAKA, Marta Soban (coord.). Brasil: Estudos sobre Dispersão Urbana. São Paulo: FAU-USP, 2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Função Social da Propriedade Pública. São Paulo: Malheiros, 2005.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Dos instrumentos da Política Urbana. In MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coord.). Estatuto da Cidade – Lei 10.257, de 10.07.2007 – Comentários. São Paulo: RT, 2004.

SARNO, Daniela Campos Libório di. Elementos de Direito Urbanístico. Barueri, SP: Manole, 2004.

SAULE JUNIOR, Nelson. A Competência do Município para Disciplinar o Território Rural. In Anais do Seminário “O Município e o Solo Rural”. SANTORO, Paula; PINHEIRO, Edie (org.). São Paulo: Instituto Pólis, 2004 (Caderno Polis 8).

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direito Urbanístico Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. in DALLARI, Adilson e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coords.), Temas de Direito Urbanístico 1. São Paulo: RT, 1987.

_____. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. in DALLARI, Adilson e FERRAZ, Sérgio (coords.), Estatuto da Cidade, Comentários à Lei Federal 10.257/2001. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Fundamentos do Direito Público. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Direito de Construir e suas diretrizes gerais. São Paulo: Max Limonad, 1995.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos Constitucionais da Propriedade Privada. In Temas de Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. São Paulo: Atlas, 2003.