

DISCIPLINA URBANÍSTICA DA PROPRIEDADE

© LÚCIA VALLE FIGUEIREDO

1ª edição, 1980

ISBN 85-7420-671-7

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940 — São Paulo — SP
Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@terra.com.br*

*Composição
PC Editorial Ltda.*

*Capa:
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.*

*Impresso no Brasil
Printed in Brazil
06-2005*

*A VERA e CLOVIS BEZOS,
amigos de todas as horas,
com meu agradecimento e carinho especial
por poder desfrutar de amizade tão leal.*

Capítulo VII

ZONEAMENTO E LIMITAÇÕES À CONSTRUÇÃO

1. Limitações à legislação municipal pelo Estatuto da Cidade. 2. Competência para edição de normas de zoneamento. 3. Uso conforme (permitido), desconforme (proibido) e sujeito a controle especial. 4. O direito adquirido. 5. Zonas rural e urbana. 6. Outorga onerosa do direito de construir.

1. Limitações à legislação municipal pelo Estatuto da Cidade

As normas gerais de Direito Urbanístico, de competência da União, nos termos constitucionais (art. 24, inc. I e § 1º da Constituição da República), podem limitar a competência municipal no sentido de que o Município deve seguir seus parâmetros.¹

No art. 2º, o Estatuto da Cidade afirma que a finalidade da política urbana é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana mediante diretrizes gerais.

O inc. VI desse mesmo artigo diz que a ordenação e controle do uso do solo visam a evitar:

“Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: (...);

1. Nos termos da Súmula 646 do Supremo Tribunal Federal é defeso ao Município impedir atividade comercial do mesmo ramo em determinada área. Este é o teor da referida súmula: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”.

- “VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
 - “a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
 - “b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
 - “c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
 - “d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
 - “e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
 - “f) a deterioração das áreas urbanizadas;
 - “g) a poluição e a degradação ambiental. (...)”

O art. 3º² vai disciplinar o que pretende a União como política urbana.

2. Competência para edição de normas de zoneamento

Debaixo das normas gerais da União, compete ao Município dispor sobre seu solo. Todavia, o primeiro problema a considerar, no tema, é fixar quem é competente para a edição das normas de zoneamento,³ em sentido amplo, incluindo-se também os atos *sub legem*.⁴

2. “Art. 3º. Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

- “I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;
- “II – legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;
- “III – promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- “IV – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- “V – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.”

3. Segundo Hely Lopes Meirelles, in *Direito de Construir*, p. 123: “O zoneamento urbano consiste na repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo”.

4. No Município de São Paulo, a Lei 13.885, de 25.8.2004 estabelece normas complementares ao Plano Diretor Estratégico; institui os planos regionais estratégicos das subprefeituras, dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e ocupação do solo do Município de São Paulo.

É de se assinalar o acórdão prolatado em 15.10.1958, em que foi relator o eminente Prof. Dr. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, à época Desembargador. Questionou-se, nesse Ag. Pet. 88.128, problema da mais alta relevância, tal seja: até onde vai a competência legislativa e onde começa a executiva.

A discussão a propósito da constitucionalidade ou não de determinado dispositivo legal autorizando o prefeito a especificar as vias públicas de caráter estritamente residencial foi muito mais ampliada, atingindo, em seu fulcro, a teoria da divisão de poderes e os limites em que se não de confinar um e outro – Legislativo e Executivo.

O voto vencido do Desembargador Paulo Barbosa trouxe, também, à baila questão da mais alta relevância e pertinência: o que se pode considerar como competência legislativa em matéria de zoneamento?

Enfrentando a questão, gostaríamos de, primeiramente, trazer à colação o mestre Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que, àquela época, assim se pronunciou, ao relatar o agravo de petição: "Pois, bem, legislar é estabelecer regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas, que se caracterizam pela sua indeterminação. Portanto, haverá delegação de atribuição do Legislativo ao Executivo, vedada pelo art. 36, § 2º, da CF brasileira de 1946, quando o órgão encarregado de prescrever as regras jurídicas imperativas, gerais e abstratas conferir tal encargo ao Executivo, segundo a respectiva competência, isto é, federal, estadual ou municipal".⁵

Fez, a seguir, o emérito mestre a distinção entre as normas gerais de poder de polícia, de competência legislativa, e sua aplicação concreta de competência executiva, como atividade normal da própria função administrativa. Pretendeu, pois, distinguir a delegação proibida pelo Texto Constitucional da competência normal do Executivo, tal seja: a de traçar o contorno do direito no caso concreto.

Foi por ele referido, em respaldo de sua afirmação, Seabra Fagundes.⁶

5. Ac. cit., in RDA 60/230.

6. "Lei como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, através do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade de seu enunciado. Esses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a von-

Ora, de importância transcendente para a conclusão a que se impende chegar é o fato de nem sequer o voto vencido do precitado Des. Paulo Barbosa, brilhantemente exposto, ter refutado a argumentação expendida. Em seu âmago, não há qualquer contradição com o fundamento do voto vencedor.

Estribou-se o voto vencido exatamente na argumentação desenvolvida pelo douto relator, procurando demonstrar a existência de delegação proibida no caso concreto, delegação esta vedada constitucionalmente. E isto por faltarem, na hipótese *sub examine*, as especificações genéricas necessárias à atuação do Executivo.

Em determinada passagem, aparece, no voto vencido, a seguinte averbação: "Onde, porém – é o que não diz o acórdão – a lei 'arcabouço', cujos claros pudessem ser preenchidos? Onde as diretrizes gerais, por ela gizadas, dentro das quais pudesse reconhecer a Administração a existência de situações ou estado de fato, que a autorizassem a fazer o que só por lei seria factível?"⁷

Na pesquisa jurisprudencial a que procedemos, encontramos outro acórdão proferido em 19.9.1971, no qual funcionou como relator o eminente Des. Carlos Ortiz, em que se verifica afirmada, mais uma vez, apenas a competência do Legislativo para a expedição das normas ou critérios de zoneamento, enquanto que as individualizações das áreas zoneadas estariam afetas à competência do Executivo.⁸

É necessário, entretanto, deixar indene de dúvidas o fato de não pretendermos invadir a competência do Legislativo ao admitirmos caber ao Executivo, por decreto, a fixação das zonas de uso. Nosso desiderato é o de fixar os limites de uma e outra competência.

Todavia, é necessário assinalar o entendimento diverso da lei paulista disciplinadora da matéria.⁹

tade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa (...)" (in *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 5).

7. Ac. cit., p. 234.

8. Ac. proferido na Ap. 201.285, pelo TJSP, in RT 434/107.

9. V. o art. 246 da Lei 13.885, de 25.8.2004: "Os projetos de lei originários do Executivo, que proponham alterações nos perímetros de zonas de uso ou caracterização de novos perímetros, serão submetidos ao Conselho Municipal de Política Urbana previamente ao seu encaminhamento à Câmara Municipal". Em seguida, o § 2º do art. 247 estipula em que condições podem concretizar-se essas alterações.

Imperioso é que uma Lei de Zoneamento defina, *de maneira genérica*, clara, precisa e inequívoca, os parâmetros consoante os quais determinada zona será classificada como ZER (destinada estritamente ao uso residencial), ZM (zona mista), ZOE (de ocupação especial) etc., segundo entendemos.

Dados, por lei, os pressupostos necessários ao enquadramento nessas zonas e a fixação dos usos a que se destinam, parece-nos emergir a competência do Executivo municipal para a alteração de zonas. Isto seria, a nosso entender, uma consequência inevitável da concreção do Direito, vale dizer, do momento dinâmico do Direito.

Não ausculta, e de modo algum, aos interesses da cidade (embora esta seja uma consideração extrajurídica) a permanência de determinada área em certa zona, quando esta já perdeu suas características iniciais. Ocorre com frequência, em São Paulo, a existência de zonas "residenciais", ZER por lei, e, faticamente autênticos "corredores". A competência legislativa comporta, pois, a definição genérica e abstrata de quais devam ser as características de determinadas zonas e quais as suas destinações.

Ao Executivo caberia, consoante entendemos, ao interpretar a lei, proceder à classificação dessas zonas, modificando-as, todas as vezes que o próprio desenvolvimento da cidade assim o exigisse, desde que houvesse respaldo legal necessário a esse cometimento, o que não acontece nem pela legislação anterior e nem pela atual.

O problema do desvio de poder, que se poderia ensejar, não se nos afigura como impeditivo, pois aí está o Judiciário como guardião da legalidade para o controle dos atos administrativos.

Por evidente, o problema não se colocaria – e de forma alguma – como uma questão de conveniência e oportunidade, ao alvedrio da Administração, mas, sim, como uma moldura legal, em cujo entorno se haveria de movimentar a Administração, no exercício lícito da função administrativa.¹⁰

3. *Uso conforme (permitido), desconforme (proibido) e sujeito a controle especial*

O *uso conforme*, como o próprio nome está a indicar, é aquele desejável, adequado ao local. Enfim, aquele uso programado para o lo-

10. Consulte-se a esse respeito, a opinião de Hely Lopes Meirelles, *Direito de Construir*, p. 124.

cal. *Uso desconforme*, por sua vez, é o que a lei reputou indesejável ao local.

O *uso sujeito a controle especial* é o uso tolerado; porém como bem o disse Hely Lopes Meirelles,¹¹ aquele que o ordenamento nem repudia, nem acolhe, apenas tolera.

Quais as consequências, de ordem prática, que essas tipologias podem carrear?

Com relação ao primeiro, o *uso conforme*, não poderá a Administração impedir que se construa com aquela determinada finalidade.

Relativamente ao *uso desconforme*, deverá a Administração, de plano, rejeitar qualquer construção. Na legislação atual, usos que deverão ser rigidamente controlados pelo fator de incômodo que podem causar.

O problema, por evidente, será o concernente ao uso conforme, em determinada época, à luz de legislação sob a qual se iniciou, e que passou a desconforme, em virtude de lei superveniente.

4. *O direito adquirido*

Adentra-se, agora, no problema do direito adquirido, resguardado constitucionalmente, à luz do art. 5º, inc. XXXVI, do Texto Constitucional.

Despiciendo dizer-se que, se a lei nova ressalvar, expressamente, situações já constituídas, o problema apresentar-se-á de maneira mais simples.

Entretanto, ainda assim, é possível surgir, num caso concreto, o entrelaçamento de valores albergados no sistema normativo, a saber: a existência de uma ressalva legislativa de respeito à situação constituída e uma hipótese fática causadora de empeco ao dever da tutela administrativa de determinados bens ou valores.

Na hipótese de inexistência de ressalva expressa, teremos de nos socorrer do conceito de direito adquirido tal como abrigado na Constituição. E, à luz de sua exegese, iremos chegar à destriça da matéria.

Diz Pontes de Miranda, em seus *Comentários à Constituição de 1967*: "A cada passo se diz que as normas de Direito Público – Admi-

11. *Direito de Construir*, p. 126.

nistrativo. Processual e de organização judiciária – são retroativas e contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que tais regras jurídicas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam *desde logo*. O efeito, que se lhes reconhece, é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal (...). Quer se trate de Direito Público, quer se trate de Direito Privado, a lei nova não pode ter efeitos retroativos (critério objetivo), nem tem direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte”.¹²

De conseguinte, não há impedimento em afirmar que o uso conforme a época da legislação sob a qual foi deferida a licença (de construção ou funcionamento) não se torna juridicamente desconforme mesmo que, faticamente, assim o esteja.

É dizer, o titular de determinada licença tem direito a permanecer no local, ainda que a esse local tenha sido dada nova destinação de uso.

Por suposto, haverá de permanecer se isto não contraditar o interesse público, de tal sorte que essa permanência torne-se de todo incompatível. Se assim for, caberá a expropriação da licença, quer de construir (se ainda em construção a obra), quer de funcionamento ou de utilização, se já ultimada a construção.

O trato da matéria é, em tudo e por tudo, igual ao referente à expropriação do direito de construir, desenvolvido no capítulo VIII, razão pela qual a ele remetemos o leitor, para deixar de abordá-lo no momento.

Existindo nexos causal entre a inconveniência da utilização do imóvel (por se ter agravado sua nocividade) e o interesse público tutelado, poderá a permissão ser revogada a qualquer tempo.¹³

12. *Comentários...*, cit., t. V/99. À p. 104, o autor, concluindo seu pensamento, afirma: “Sempre que a lei vincula alguém e a favor de outrem surge direito, pretensão ou ação, mesmo se é direito, pretensão ou ação de que há de resultar direito, pretensão ou ação, o titular está protegido”. V., a respeito, a interessante teoria do Prof. Paulo Vilhena, in *RDP* 13/156-160, acerca dos direitos expectados contrastando-os com as meras expectativas de direito.

13. A legislação de São Paulo (Lei 13.885, de 25.8.2004) tratou do tema no art. 213: “O uso de imóveis, para fins da disciplina do uso e ocupação do solo, classifica-se em permitido e não permitido e em conforme ou não conforme. § 1º. Uso permitido no local é aquele passível de ser implantado ou instalado no imóvel em função do tipo de zona de uso, da categoria da via e da sua largura. § 2º. Uso

Verificamos, pois, não estar a Administração obrigada a tolerar usos indesejáveis ao interesse público. Conseqüentemente, na hipótese de o uso ter sido regular anteriormente à lei que o transformou em desconforme, ou na do uso apenas tolerado, poderá suprimir a ambos. Entretanto, deverá dar ao primeiro tratamento diferenciado, exatamente pelo princípio da distributividade das cargas públicas e, ao segundo, se concedido a título de permissão, como deveria tê-lo sido, apenas revogar essa permissão, por inconveniente ao interesse público.

5. Zonas rural e urbana

A distinção entre zona rural e urbana é diretamente inferida da destinação atribuída à área.

A dicotomia “zona rural e urbana” ganha interesse para efeitos tributários, pois, na primeira não incide o imposto predial ou territorial urbano, mas, sim, o imposto referente à propriedade rural, cuja arrecadação encontra-se afeta ao Incra, por força da Lei 4.504, de 30.11.1964. Com efeito, consoante o art. 153, inc. VI, do Texto Constitucional, compete à União instituir imposto sobre a propriedade territorial rural, enquanto que, nos termos do art. 156, I, detém o Município a competência para tributar a propriedade predial e territorial urbana.

Entretanto, por força, ainda, de dispositivo constitucional, pertence ao Município o produto da arrecadação do imposto instituído, pela União, sobre a propriedade rural.

Importa, de conseguinte, fixar que, embora rural a zona, tal fato não a subtrai da competência municipal. Nesta afirmação encontra-se contida uma assertiva importante, pois, na verdade, confusões incríveis têm acontecido quando se entende estar a zona rural fora da jurisdição municipal.

não permitido no local é aquele não passível de ser implantado ou instalado no imóvel em função do tipo de zona de uso, ou da categoria da via, ou da sua largura. § 3º. Uso conforme é aquele permitido no local e que, no caso de uso não residencial – nR, atende também a todos os parâmetros de incomodidade e condições de instalação constantes dos Quadros 02/a a 02/i, anexos”. E, mais adiante, o § 4º do mesmo artigo ao se referir ao uso não conforme, giza os parâmetros de sua tolerabilidade: “§ 4º. Uso não conforme é aquele que não é permitido no local ou, no caso de uso não residencial – nR, aquele que, mesmo permitido, não atende a pelo menos um dos parâmetros de incomodidade ou uma das condições de instalação constantes dos Quadros 02/a a 02/i, anexos”.

Questionava-se o fato de determinadas competências municipais estenderem-se ou não à zona rural e, inclusive, a aplicabilidade da legislação municipal edilícia às construções executadas em zona rural. Outras indagações de relevância foram trazidas a cotejo, como, por exemplo, a possibilidade de o Município desapropriar em zona rural.

Com relação a esta última indagação, abstermo-nos de cuidar dela, eis que, no capítulo referente à desapropriação, o tema já foi enfrentado. Mais também não se precisaria dizer, após os trabalhos de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ e Adilson de Abreu Dallari.¹⁵

Questão merecedora de abordagem é a pertinente à destinação do imóvel situado em zona rural, pois que isto, a nosso ver, constituir-se-á em questão relevante a abrigar ou alijar a competência municipal.

Se não, vejamos. O art. 4º da Lei 4.504, de 30.11.1964 ("Estatuto da Terra"), conceitua como "imóvel rural" o prédio rústico, *qualquer que seja sua localização*, que se destine à exploração agrícola, pecuária ou agro-industrial.

Tal artigo há de ser entendido em consonância com os arts. 1º e 2º da mencionada Lei 4.504/1964, definidora da Reforma Agrária e da Política Agrária.

Destarte, "rural", consoante a finalidade perseguida na norma, será o imóvel integrado aos planos da referida Reforma Agrária, com destinação compatível aos desideratos desta reforma.

Na propriedade efetivamente rural, incidiriam duas ordens de competência: a da União e a do Município; na propriedade situada em área rural, porém cujo objetivo não seja a exploração agropecuária, apenas incidirá a competência municipal, remanescendo, ao largo, a competência da União. Por evidente, tal fato, não impede que a União estenda sua competência àquela área, declarando-a zona prioritária para consecução de Reforma Agrária.¹⁶

14. Consulte-se o magnífico trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello, "Desapropriação. Interesse Social...", cit., RDA 130/347-362.

15. Idem, com relação à *Desapropriação para Fins Urbanísticos*, de Adilson de Abreu Dallari, especialmente Cap. VII ("A desapropriação por interesse social").

16. Desde que cumpridos os pressupostos do art. 184 da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar 76, de 6.7.1993 (dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária).

Em síntese: a atividade legislativa, em matéria de zoneamento, confina-se, consoante se nos afigura, em demarcar, em linhas genéricas e abstratas, as características de determinadas zonas. A par disto, incumbe ao Legislativo afirmar quais os usos permitidos em cada zona.

Ao Executivo caberá, de seu turno, inserir determinadas ruas nas zonas existentes, alterando seus perímetros, quando, "de fato", seus requisitos não mais se adaptarem aos delineados pelo legislador.

O uso instalado de maneira conforme, sob a égide de determinada lei, poderá subsistir na hipótese de uma nova lei que, ao dispor diferentemente sobre a matéria, passe a tratá-lo como desconforme.

Esta nova lei deverá fixar os parâmetros em que tal uso poderá ser tolerado no local. Desbordados esses limites, deverá a Administração, a bem do interesse coletivo, suprimi-los.

O uso sujeito a controle especial conduz, por sua própria natureza, a um tipo de utilização precária e, assim sendo, não poderá ser outorgada licença de uso, mas, sim, autorização, passível, pois, de revogação, por ter caráter precário.

A zona rural e a urbana sujeitam-se à competência-dever do Município, embora ambas possam e devam ter categorias de uso diversas.

As zonas rurais escapam à competência impositiva tributária do Município, embora ao Município reverta o imposto arrecadado.

As propriedades localizadas em zona rural, destinadas, efetivamente, à exploração agropecuária, sujeitam-se à convergência de duas esferas de competência: da União e do Município.

6. Outorga onerosa do direito de construir

A outorga onerosa do direito de construir foi introduzida pelo Estatuto da Cidade que retomou idéias antigas dos juristas preocupados com o adensamento das cidades. A Carta do Embu de 11.12.1976 pretendia ver implantado o estatuto, embora com alguns diferenciais.

O importante era consagrar um coeficiente geral de construção e a aquisição de coeficiente maior pretendido, o que seria feito por meio desse novo instituto.

O Estatuto da Cidade, ao se referir aos instrumentos da política urbana, em seu art. 4º, inc. V (institutos jurídicos e políticos), letra "n", expressamente menciona a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso.