



Algumas linhas sobre o direito de construir na jurisprudência do STF

Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação

Mateus Piva Adami

2002

Introdução

Este paper de conclusão pretende analisar mais profundamente o direito de construir em casos pontuais da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como uma extensão do trabalho feito pelo grupo da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, que analisou de forma mais ampla o poder de polícia e seu entendimento pelo STF.

Para tanto, é usada a mesma metodologia adotada pelo grupo. Parte-se, a princípio, de três decisões, escolhidas por serem mais completas e apresentarem os elementos necessários para proceder com a análise do direito de construir – tanto na ratio da decisão, quanto nas discussões paralelas ao caso concreto. Não faz parte do objetivo do trabalho apresentar larga explanação doutrinária sobre os institutos tratados (desapropriação, sua forma indireta, a limitação administrativa à propriedade), mas sim chegar ao fundamento das restrições aplicadas ao particular nos casos escolhidos.

Neste trabalho, a jurisprudência será usada como fonte primária de pesquisa, e não subsidiariamente, como simples fonte de exemplos. A doutrina terá o papel de fornecer o balizamento do trabalho, como, por exemplo, esclarecer o significado de certos termos jurídicos.

O poder de polícia, segundo o entendimento dos julgados analisados, tem por objetivo delinear os limites do direito individual, no caso, o direito à propriedade, sem feri-lo. Tal poder possui duplo fundamento. O primeiro diz respeito à legalidade, pois a restrição deve estar prevista abstratamente em lei, para ser aplicada a cada caso concreto pelo administrador, segundo sua discricionariedade. O outro fundamento, talvez de maior importância, é o interesse público e sua supremacia aos interesses privados, que permite ao

administrador delimitar o exercício do direito do particular a fim de evitar que este prejudique toda a sociedade em benefício próprio.

As restrições impostas pela administração variam em função da intensidade do seu fundamento principal – o já mencionado interesse público. Essas variações refletem diretamente na força das medidas adotadas e conseqüentemente o grau de interferência na propriedade particular. Entretanto o Estado, quando interfere na propriedade particular, deve conhecer limites. De um lado, o direito adquirido pelo particular, que é inviolável. De outro, a indenização que deve ser paga quando as limitações extrapolarem sua verdadeira função e acabarem por atingir de forma muito forte as faculdades da propriedade: o uso, o gozo e a disposição desta.

Quando o administrador se exceder ao limitar o direito do particular, não será possível usar o poder de polícia para fundamentar tal ato, o que deve gerar indenização ao particular pelo poder público, sobre o que exceder a simples limitação.

Para contextualizar melhor o estudo, é necessária uma breve explicação sobre o conceito de propriedade. A concepção de propriedade avançou muito nos últimos séculos, especialmente no século XX. Os ideais marcantes da Revolução Francesa expressavam uma propriedade com cunho liberal, sem que seu uso fosse condicionado a gerar benefícios, diretos ou indiretos à sociedade. Atualmente, a Constituição Brasileira coloca a função social da propriedade como condicionante do direito à propriedade (art. 5º, inciso XXIII). Aceito esse princípio (que já aparece muito antes de ser incluído em nossa Constituição), pode-se dizer que o proprietário passa a ter o ônus de manejar tal direito de forma a produzir benefícios à sociedade, de forma direta (como ocorre em uma servidão administrativa) ou indireta (através da geração de empregos, por exemplo).

1- Caso Niterói, RE 93.167-8 - área declarada 'non edificandi' para fins de desapropriação.

Este primeiro julgado data de 07/04/1981, e cuida da controvérsia criada pela limitação do direito de construir de um grupo de particulares, motivada pelos planos de urbanização do município. Tal plano possui fundamento no Decreto Municipal 2.792 de 1977, bem como no Decreto Estadual 15.453/71, o que já mostra que, tecnicamente, o ato administrativo possui fundamentação legal.

Entretanto, é oportuno observar que não houve simples limitação ao direito de construir, mas total impossibilidade de edificação na propriedade particular, bem como a data do pedido: 13/04/1970, ou seja, anterior a qualquer fundamento legal do plano de urbanização, tanto na esfera estadual quanto na municipal.

Além de pedirem ao Supremo a análise sobre o seu direito de construir, os recorrentes desejam que a administração seja obrigada a analisar os projetos de construção, através de uma liminar. Em primeira instância eles obtiveram sucesso, mas o pedido é logo rechaçado pelo STF, que alega não possuir competência para obrigar um órgão administrativo a exercer tal função, que nada mais é senão um dos passos que antecedem a concessão do alvará. Diz o Ministro Relator que a Prefeitura possui o direito de não analisar tais projetos, pois possui respaldo legal para agir dessa forma. Realmente, e não é possível que o Supremo conceda uma liminar que garanta o direito da análise dos projetos de construção dos recorrentes, por se tratar de área restrita a edificação.

Mas a data do pedido de alvará é quase dois anos anterior ao decreto estadual e sete anos anterior ao municipal. A administração poderia deixar de conceder o alvará de construção, mesmo sem ter nenhuma lei para embasar o ato? Tal discussão não é abordada no acórdão, mas pode-se dizer

que não cabe aqui a menção à discricionariedade administrativa, pois o alvará, em sua forma não precária, chamada de licença, deve ser concedido sempre que o projeto do particular preencha os requisitos impostos previamente pela administração, sempre com base na lei. Talvez o decreto estadual que demarcou a área como de "utilidade pública para fins de desapropriação" já estivesse em tramitação, e a Prefeitura de Niterói agiu de forma a garantir o futuro cumprimento de tal disposição. O fato é que não há menção no acórdão sobre esse conflito de datas, nem por parte dos recorrentes, nem por parte dos ministros, o que reduz o espectro da análise ao da mera especulação.

O julgamento de segunda instância entendeu que não houve ataque ao direito de propriedade, pois este nasce já limitado pelo interesse público. Conclui que a administração agiu dentro da legalidade quando impediu os recorrentes de construir naquela área e, além disso, tal intervenção não é sujeita a indenização, pois se trata de uma limitação administrativa – e não uma desapropriação, já que esta sim gera a necessidade de indenizar.

Tal posicionamento não agrada o STF, pois não leva em consideração a linha limítrofe entre uma severa limitação administrativa e uma desapropriação indireta. O Ministro Relator entende tal distinção e, baseado nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, prega que o Estado não pode causar prejuízo aos particulares sem que isso acarrete algum tipo de indenização, mesmo que tal limitação seja feita em benefício da coletividade.

O recurso não foi conhecido, por unanimidade, pois a fundamentação do recurso extraordinário era o pedido de liminar, considerado impossível de ser concedido pelo STF e o dissídio jurisprudencial. Este último foi afastado já que os acórdãos trazidos pelos recorrentes dizem respeito apenas a áreas consideradas de utilidade pública, e não podem ser aplicados por analogia ao caso concreto, pois nele ainda incide o decreto municipal que considera a área non edificandi.

Apesar disso, o julgado traz um posicionamento muito particular e questionável do STF. É reconhecido o direito à indenização, pois não houve apenas uma limitação administrativa e sim uma expropriação, que deve sempre ser indenizada, segundo nosso ordenamento jurídico. Não há que se questionar que, no caso concreto, trata-se mesmo de uma desapropriação indireta, aplicada pela administração com a intenção de não indenizar o particular, que não poderia extrair mais nenhum proveito econômico de sua propriedade.

O que pode ser questionado faz parte da justificativa do voto. A administração não pode causar nenhum prejuízo ao particular, mesmo que seja em prol da coletividade. Essa é a essência da ratio dessa decisão. É próprio do poder de polícia criar limitações à esfera de direitos do particular que sempre vão gerar pequenos prejuízos, não indenizáveis, pois estes são feitos com base no interesse público. Um particular sofre uma limitação em benefício de vários outros, da coletividade. Isso quer dizer que outro particular sofre ou sofrerá limitações que reverterem em benefícios para aquele primeiro. Aqui está o motivo de não indenizar pequenas ou médias limitações, que não causam grandes prejuízos ao particular, pois há um sistema de compensação entre os benefícios e os prejuízos gerados.

Não é o que acontece no acórdão em análise, pois todas as faculdades relativas à propriedade foram extirpadas do particular, não permitindo que este consiga obter proveitos econômicos, sob nenhuma forma. Não é uma pequena diminuição nos benefícios econômicos da propriedade em prol do interesse público, mas sim uma desapropriação disfarçada sob o manto de limitação não indenizável, mesmo que em prol da coletividade. A decisão agiu corretamente ao prescrever a possibilidade de indenização, mas a fundamentação, como será visto mais adiante, não seria mais aceita nas composições mais novas do STF.

2- Caso Billings, RE 140436-1 - limitação ao direito de construir em área de manancial.

Este caso, proveniente de São Paulo, data de 25/09/1999, trata da limitação administrativa aplicada em um terreno situado em área de manancial, ou seja, uma área de preservação especialmente sujeita ao interesse público. O fundamento da limitação está nas leis 898/75 e 1172/76. A propriedade foi adquirida sob as limitações da lei 898/75, mas a lei 1172/76 ainda não havia sido elaborada.

A lei 898/75 declara as áreas de manancial como de interesse de proteção, o que inclui a represa Billings. As propriedades situadas à margem dessa represa foram divididas em graus de interesse de proteção, maior ou menor. O terreno dos recorrentes, segundo esse dispositivo legal, é considerado de primeira categoria, ou seja, que sofre maiores restrições. Já nesse dispositivo legal estava expressamente previsto que, em áreas de primeira categoria, seria permitida apenas a prática de recreação e obras de aproveitamento dos recursos hídricos provenientes da represa, mas que não deteriorassem a qualidade da água, ou seja, veda completamente a construção de estruturas de caráter permanente, não permitindo nem mesmo o campismo .

Entretanto, a maior restrição veio com a promulgação da lei 1172/76, que definiu a área de proteção de primeira categoria como uma faixa de 50 metros de largura, ao redor dos reservatórios de água. Assim, nessa faixa, é impossível que se construa qualquer coisa não prevista na lei. O problema começa com um pequeno detalhe: o terreno dos recorrentes possui 59 metros de comprimento a partir da linha d'água, ou seja, apenas em nove metros do terreno total é possível ocorrer o aproveitamento econômico de forma plena. Devido às peculiaridades do terreno, esses nove metros são inúteis, pois pelo que se pode perceber através da descrição contida no

acórdão, trata-se de uma propriedade em forma triangular, com a base voltada para a margem da represa.

Os recorrentes alegam que tais leis impedem o correto uso e obtenção de vantagens econômicas do imóvel, como vimos anteriormente. Assim, não se trataria apenas de limitação administrativa, mas de verdadeira desapropriação, que deveria gerar indenização. O parecer da procuradoria é favorável aos recorrentes.

Dado o panorama da limitação, agora é o momento apropriado para voltar a análise ao voto do Min. Carlos Velloso, relator do acórdão, que foi seguido pelos outros em seus votos.

Durante todo o voto, o Ministro ressalta que "sobre os lotes, pesa limitação administrativa". No momento da conclusão do negócio entre os particulares, já existiam as restrições impostas pelo poder público, e é certo que por se tratar de uma lei, abrange todos aqueles que possuem propriedades nas margens dos reservatórios, e não apenas os recorrentes. É claro que devido às particularidades do terreno, já mencionadas, sua propriedade sofreu mais que as outras. Baseado nisso, o recorrente demonstrou que seu direito de uso e gozo da propriedade foi afetado fortemente, o que configuraria aniquilamento da propriedade e, por lógica, acarretaria uma indenização, legitimamente reconhecida pelo acórdão da instância inferior, citado na pág. 502 do voto.

Entretanto, como já foi mencionado, os recorrentes adquiriram o terreno quando já "pesava uma limitação administrativa", fundada no interesse público que se mantenham áreas de mananciais que servem para manter a qualidade da água dos mais importantes reservatórios, que abastecem a caótica Grande São Paulo. O aniquilamento da propriedade é reconhecido pelo Ministro, que, no entanto, não entende que no caso concreto possa ser arbitrada uma indenização em favor dos particulares.

O direito de construir já surge limitado pela função social da propriedade. Embora reconheça que o que houve não foi uma simples limitação administrativa, o fato dos recorrentes ter adquirido o terreno já sob restrição é um fator determinante, pois não se pode alegar desconhecimento dessas leis, já que sua propriedade é posterior a elas, o que pode forçar o entendimento de que, como os recorrentes adquiriram a propriedade sob a égide da limitação, eles tacitamente estavam concordando com a sua aplicação e suas conseqüências práticas. Dessa forma, não é possível que se arbitre uma indenização a favor dos particulares afetados por um fato que era de seu conhecimento, logo, aceito tacitamente (caso contrário, não teriam adquirido o imóvel).

Ocorre o aniquilamento da propriedade, mas com a intenção de adequar as vontades dos particulares ao interesse social que reverte como um benefício a toda sociedade, inclusive ao limitado, como já visto. Conclui o Ministro, baseado na instância anterior:

“O direito de edificar, já no seu nascedouro constitucional, traz em si a marca da relatividade, que é seu condicionamento à função social da propriedade. As restrições existentes já eram do conhecimento dos autores quando da aquisição. Não podem agora basear-se nas mesmas restrições para obtenção de indenização”.

3- Caso Ribeirão Preto, RE 178836 – limitação ao direito de construir em virtude da criação de um corredor comercial.

Um grupo de proprietários pretendeu, em julho de 1990, iniciar a construção de um prédio em uma área considerada estritamente residencial no momento da compra de tal propriedade, feita em outubro de 1989. No entanto, no momento de requisição da licença para iniciar as obras, esta foi negada, com base na Lei Municipal 5685, que criou ali, em janeiro de 1990, um corredor comercial, com claro intuito de organizar a cidade. Com base nisso, os recorrentes impetraram um mandado de segurança, negado em primeira e segunda instância, e agora pretendem ver confirmado seu direito no STF, em julgamento datado de 08/06/1999.

Os principais argumentos dos recorrentes se referem ao direito adquirido no momento da compra do terreno, já que seu memorial previa expressamente que aquela área seria considerada estritamente residencial e, assim, a limitação fere claramente o art. 5º inciso XXXVI da Constituição Federal. Discutem também a ofensa ao direito de propriedade, disposto no art. 5º, XXII. Outro grande argumento é de natureza empírica: naquele “corredor comercial” existem vários prédios residenciais, o que remete para a simples afirmação de que “se outros podem, nós podemos também”, por força do disposto no art. 5º caput da Constituição (princípio da isonomia). Questionam ainda a validade do ato legislativo, pois nossa Magna Carta, no art. 182, expressamente obriga cidades com povoamento superior a vinte mil habitantes a desenvolverem um plano diretor, que estabelece a organização da cidade, a fim de garantir seu pleno desenvolvimento. Entretanto, Ribeirão Preto não possui um plano diretor, e segundo o §2º do art. 182 da CF, essa é a lei legítima para limitar os direitos relativos à construção e à propriedade, o que torna a lei 5685/90 ilegítima.

O Ministro Carlos Velloso, Relator, inicia seu voto pela questão da ofensa ao art. 5º inciso XXII, direito de propriedade, rechaçando tal linha de

raciocínio pela simples citação do inciso XXIII do art. 5º da CF, que condiciona a garantia do direito à propriedade ao atendimento de sua função social. Ora, a lei que criou o corredor comercial tem claramente esse objetivo, de obrigar o particular a utilizar sua propriedade de acordo com uma função social. Concorda com este posicionamento o Ministro Maurício Corrêa, afirmando que tal função só pode estar expressa, nesses casos, em leis municipais de interesse local, o que assegura a competência da câmara legislativa municipal para editar tais leis (art. 30, incisos I e VIII da CF).

Em um trecho muito sucinto, o Relator também descarta a afirmação de direito adquirido, pela simples observação da data do pedido de licença (23/07/1990) e da promulgação da lei (20/02/1990). Realmente, quando o lote foi adquirido, ao contrário do caso da Billings, não pesava nele nenhuma limitação administrativa quanto à finalidade da edificação, se comercial ou residencial. Não é levada em consideração a data em que o imóvel foi adquirido (11/10/1989). Tal linha de raciocínio direciona para o entendimento de que apenas o alvará, em sua forma definitiva, gera o direito adquirido pretendido pelos recorrentes, revestido da proteção constitucional do art. 5º, inciso XXXVI. O Ministro Maurício Corrêa toca com precisão nesse aspecto do alvará:

“Com efeito, se os impetrantes adquiriam o mencionado lote com o propósito de nele erguer edifício composto de unidades residenciais, como afirmam, mas não o fizeram nem requereram o respectivo alvará oportunamente, tiveram, até o advento da questionada lei municipal, mera expectativa de direito, não havendo falar-se em direito adquirido após editadas as novas normas com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes (art. 182 da CF, caput) ”.

Não é possível dizer que as limitações impostas ferem o disposto no art. 182 da CF, por não serem partes de um plano diretor. O dispositivo

constitucional não teve a intenção de obrigar o legislador municipal a criar limitações relativas ao direito de construir somente através do plano diretor, mas sim transformar esse diploma legal na fonte principal de tais limitações. O Relator afasta o argumento dos recorrentes quando reconhece a possibilidade de limitar a propriedade privada sem que haja previsão específica sobre o assunto no plano diretor, desde que seja uma limitação razoável e adequada à finalidade da lei que a respalda. Não cabe ao Judiciário decidir sobre a oportunidade ou conveniência dos atos administrativos, sob pena de estar substituindo o administrador local pelo juiz, o que não traz benefício prático algum para a sociedade. No entanto, o Judiciário pode averiguar se o administrador fez a opção discricionária que fosse a mais proporcional e adequada à finalidade legal, que onere de forma mais branda o particular, na medida do possível.

Por fim, o argumento mais questionável, sobre o princípio da isonomia. Se existem construções residenciais que não atendem ao disposto na lei que estabelece o corredor comercial, não é possível que tal situação de ilegalidade gere direitos para os recorrentes. Talvez os edifícios que possam servir de base para esta linha absurda de raciocínio dos impetrantes tenham obtido o alvará de licença anteriormente à edição da lei que proibia tais edificações naquela área. É certo que se há ilegalidade, aqueles proprietários devem receber sanções do poder público. Mas não há que se falar em desrespeito ao princípio constitucional da isonomia fundamentado na ação ilegal dos demais particulares.

O recurso extraordinário não foi conhecido por maioria, já que os ministros consideraram que não há ofensa a nenhuma disposição constitucional, o que confirma o entendimento das instâncias anteriores que não permite o direito de construir para o caso nem arbitra uma indenização. O voto dissonante foi proferido pelo Ministro Marco Aurélio, que optou por seguir uma linha de raciocínio sui generis e que nem ao menos tinha sido levantada como hipótese pelos recorrentes.

Seu voto tenta ver a limitação administrativa aplicada pela Prefeitura de Ribeirão Preto como incompatível com o atual ordenamento jurídico estabelecido pela Constituição de 1988. O Ministro volta seus olhos para o art. 174 do referido diploma legal, que está inserido sob o Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", Capítulo I, "Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica". Como no voto, é oportuna sua transcrição:

"Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Baseado neste artigo constitucional, o Ministro revela, com raciocínio questionável, que a limitação administrativa imposta realmente é ilegal e fere o direito à propriedade, pois o planejamento da cidade, para os particulares, é meramente indicativo, não constituindo uma obrigação a ser seguida e impossível de ser imposta pela administração local.

Ora, o direito de construir é regido pelas normas que constam do artigo 182 da Constituição Federal, que está também dentro do Título VII, mas no capítulo II, "Da Política Urbana". O raciocínio do Ministro nos leva a crer que as limitações impostas aos particulares pelo poder público são de caráter meramente indicativo, sem poder vinculante. Com essa linha de pensamento, o que seria feito no caso da Billings? E no caso Niterói? Teriam os particulares, nesses casos, o direito de ignorar a limitação administrativa, já que ela tem caráter meramente indicativo, e seguir com suas obras?

Conclusão

Em cada um dos casos analisados, a limitação administrativa aplicada pela administração pública possuía um motivo diferente, com diferentes medidas aplicadas. As diferentes situações concretas mostravam apenas o desejo do particular de exercer livremente seu direito de propriedade, mais especificamente o direito de edificar, contra a vontade do poder público de limitar tal direito, para que este acabasse por atender ao interesse público.

O interesse público nos casos apresentados refletia a necessidade de, em uma sociedade organizada e em expansão constante, delinear o exercício do direito de propriedade do particular para que este fosse adequado a limites pré-estabelecidos em lei, que visam evitar um verdadeiro caos, estabelecido facilmente se as regras de planejamento urbano não pudessem ser impostas.

No presente trabalho, parte-se de dois preceitos para que a limitação seja válida. Um, é a já mencionada supremacia do interesse público ao interesse particular. O outro, é a existência de uma lei ou ato normativo equivalente para respaldar o ato administrativo.

Em dois casos, a existência da lei anterior foi claramente notada. Entretanto, no caso Niterói, percebe-se que, como já observado, a negativa para a concessão do alvará é anterior à promulgação da lei que dá respaldo legal. Entretanto, faltam elementos no acórdão para que seja possível aprofundar-se nessa questão, mas é possível afirmar que, se o projeto apresentado pelos particulares, se de acordo com as normas regulamentares vigentes na época do pedido, a administração agiu de forma abusiva ao indeferir tal intenção, pois se os requisitos legais estavam preenchidos, o poder público estava obrigado, vinculado, a conceder o alvará de construção.

A administração sempre age sob a égide do princípio da legalidade, que para ela se resume como a obrigação de fazer apenas o que a lei permite, excepcionados os casos em que o dispositivo legal deixe brechas para que o administrador possa agir de acordo com sua vontade, através de uma análise de conveniência e oportunidade, a discricionariedade administrativa. Como já visto, não é isto o que ocorre no caso do alvará de licença. Nos casos da Billings e Ribeirão Preto, as limitações impostas eram fundamentadas em lei anterior ao pedido de alvará, mas em Ribeirão o terreno foi adquirido antes da edição da lei restritiva. O que fazer nesse caso?

O STF optou por considerar que a simples posse da propriedade não é suficiente para gerar direito adquirido em face de uma limitação administrativa posterior. Deve ser dessa forma, pois o pedido de alvará indica a intenção do particular de utilizar sua propriedade e tal aproveitamento é quase considerado um dever pela Constituição de 1988, através da incorporação do condicionamento do direito de propriedade a sua função social. A licença para construir gera direito adquirido para o particular, e só perde essa força em casos específicos em caso de revogação, cassação ou anulação do alvará.

Entretanto, a força do direito adquirido é relativa ao projeto apresentado ao poder público no momento da concessão da licença, vedando-se ao particular a modificação radical do projeto original, pois quando o novo projeto for submetido a uma avaliação pelo poder público, este poderá ser indeferido com base na nova lei, se tais modificações puderem ser entendidas não como simples aditamento do processo, mas como um projeto totalmente novo.

A competência para o exercício das limitações, em todos os casos, ocorreu de forma normal, não houve nenhum questionamento sobre a possibilidade de o município criar regras de aproveitamento do solo urbano, o

que é garantido pelo artigo 30, I da CF, pois se pode entender que tal aproveitamento é um assunto de interesse local. No caso de Ribeirão Preto, houve o questionamento sobre a possibilidade do município legislar sobre a ocupação do solo urbano sem contar com um plano diretor, imposição da própria Constituição. Ora, o caput do artigo 182 da CF diz:

“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” (grifo nosso).

O artigo nada menciona que as diretrizes devem fazer parte, exclusivamente, de um plano diretor, mas estar fixadas em lei, o que afasta a argumentação dos recorrentes naquele caso, pois uma interpretação sistemática da Constituição, que leve em consideração o art. 30, I e o art. 182, revela que o município possui capacidade para legislar (ou seja, criar um dos fundamentos da limitação) sobre o aproveitamento do solo, a fim de ordenar seu pleno desenvolvimento relativamente à função social. O §2º do art. 182 determina que será cumprida a função social da propriedade urbana quando cumpre o que está disposto no plano diretor (e, como foi visto, não somente nele). O Relator do Caso Ribeirão Preto afasta categoricamente a impossibilidade de edição de leis que limitem direitos fora do plano diretor, e exemplifica com várias situações em que isso ocorre, desde que a lei seja adequada à sua finalidade.

É possível afastar a linha de pensamento do Min. Marco Aurélio no voto relativo ao caso Ribeirão, pois o dispositivo apontado não se relaciona com o caso concreto. Na realidade, o caso trata da forma com que o solo urbano será aproveitado, a forma mais adequada de utilização que realizará a função social da propriedade. O direito de propriedade já nasce limitado, inclusive por regulamentos administrativos (art. 572 do CC/1916), o que impede que os particulares ignorem as normas impostas pela administração,

fato que certamente ocorreria se tais limitações tivessem um caráter meramente indicativo.

Quanto ao resultado da limitação, no caso Niterói houve a chamada desapropriação indireta, reconhecida pelo STF, o que resultou em uma indenização a ser prestada pelo poder público ao proprietário atingido, pois houve um desvio na finalidade do ato. O particular deveria ter suas terras, já de início, desapropriadas, porém a intenção da administração foi a de não indenizar o particular.

No caso da Billings, também houve aniquilamento da propriedade, mas ele ocorreu antes da compra do imóvel, então, tacitamente, o particular aceitou as condições de limitação ligadas a um imóvel localizado em uma área de manancial, e não é possível conceder indenização nessas condições. Neste caso, a lei que criou as severas limitações é proporcional e adequada em razão da sua finalidade, vale ressaltar, que é a de manter a qualidade da água de uma região que conhece bem os problemas de abastecimento, como a Grande São Paulo.

O caso de Ribeirão Preto é diferente dos outros nesse sentido, pois o direito de propriedade não foi atacado, apenas adequado ao interesse público de construir um corredor comercial em determinada área. O imóvel foi adquirido antes da lei que criou tal corredor, mas o pedido de licença é posterior ao ato normativo, o que impossibilita o entendimento de direito adquirido nesse caso e afasta o pedido de indenização, pois o que houve foi uma legítima atuação da administração em delinear o exercício do direito de construir do particular. Os elementos da propriedade ficaram intactos, mas a finalidade a qual se destina foi definida em decorrência do interesse público local. A lei que criou a limitação agiu de forma adequada e proporcional à finalidade de criar um corredor comercial em determinada avenida. Não cabe aqui questionar a utilidade da criação de um corredor comercial em determinada área e as suas conseqüências urbanísticas, pois uma análise

desse cunho invadiria a esfera de discricionariedade do administrador, o que não é admitido em face da impossibilidade de substituí-lo pelo juiz.

Percebe-se que as leis que criam tais limitações devem observar regras de competência, sob pena do ato administrativo resultante ser nulo; de proporcionalidade entre a finalidade almejada e o meio utilizado para limitar, este por sua vez deve ser legal, sob pena de gerar indenização para o particular, como nos casos de desapropriação indireta; e a finalidade pública da lei ou do ato administrativo resultante desta. O judiciário pode avaliar se as leis ou os atos administrativos respeitaram a competência, sua proporcionalidade, legalidade e finalidade pública (a fim de observar um eventual desvio de finalidade), mas não pode interferir no juízo de oportunidade e conveniência do ato (quando a lei deixar essa brecha), para que a figura do administrador não seja substituída pela do juiz.

O poder de polícia aparece como fundamentação das restrições aplicadas, através da edição de leis e regulamentos que objetivem limitar o exercício dos direitos dos particulares em benefício da coletividade. Nas decisões, o termo poder de polícia quase não é mencionado. Talvez o uso do termo pelo STF esteja caindo em desuso, mas é certo que cabe ao poder público exercer a tarefa de organizar a sociedade, através do delineamento das esferas de direitos dos particulares, para que o conjunto de limitações impostas corresponda ao benefício criado através delas para a coletividade.

Este trabalho visou abordar alguns aspectos do direito de construir e suas limitações em três diferentes decisões do STF. Não há como, a partir de somente três casos, definir a forma com que o STF decide, ou seja, não é possível traçar uma linha de decisões a partir de um número pequeno de amostras. Porém, o objetivo foi cumprido na medida em que foram analisados três casos concretos, que podem iniciar aquela linha de decisões, a fim de mostrar como o Supremo entende o direito de construir e as decorrentes limitações impostas a ele.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed. Atlas, São Paulo, 2002.

_____ Poder de Polícia em Matéria Urbanística
in Temas de Direito Urbanístico

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1983