DOUTRINA

CARACTERES DO DIREITO URBANÍSTICO

Odete Medauar

1. Formação recente

Quase todos os autores do Direito Urbanístico ressaltam sua formação recente, a partir dos anos 50 do século XX, com a progressiva concentração de pessoas nas cidades e a intensificação da urbanização. Segundo Jacquot e François Priet, em 1900 menos de 10% da população mundial vivia na cidade; no ano 2000, o percentual ultrapassará 50% (Droit de l'urbanisme, Paris, Dalloz, 3ª ed., 1998, p. 1). Os mesmos autores ressaltam que a existência de cidades é fato antigo, mas só a partir das primeiras décadas do século XX há o desenvolvimento acelerado da urbanização.

Pode-se dizer, sem o intuito de conceituar de modo preciso, que o Direito Urbanístico fixa o regime jurídico do urbanismo.

Por sua vez, o urbanismo diz respeito às atividades destinadas ao uso e à transformação do território. O urbanismo visa a tornar compatíveis entre si os diversos usos do território, levando em conta os limites fixados pela destinação e os vínculos relativos a finalidades específicas. (Assini, Manuale de Diritto Urbanistico, Milão, Giuffrè, 2ª ed., 1997, p. 18).

Inicialmente o urbanismo significava a arte de embelezar a cidade, ligando-se, ainda, a objetivos sanitários. Depois, foi evoluindo para uma concepção mais ampla, com notório sentido social e humano, para que se organize o espaço visando à realização da qualidade de vida humana.

Antes pensava-se o urbanismo como a ordenação interna da cidade. Hoje não se isola o rural do urbano, trabalhando-se em termos de imbricação de espaços urbanos e espaços rurais, sobretudo os mais próximos das aglomerações citadinas. (v. nesse sentido: Mengoli, Manuale di Diritto Urbanistico, Giuffrè, 3ª ed., 1992, p. 3 e Jacquot e Priet, Droit de l'Urbanisme, 3ª ed., 1998, p. 5).

As transformações do urbanismo, consecutivas ao desenvolvimento da urbanização, propiciaram o surgimento do Direito Urbanístico.

1.1. Conceito

Na lição de José Afonso da Silva, o "Direito Urbanístico objetivo é o conjunto das normas que tem por fim a ordenação dos espaços habitáveis, de modo a propiciar as melhores condições de vida ao homem na comunidade" (Direito Urbanístico Brasileiro, 2ª tiragem, 1997, p. 42).

Para Jacqueline Morand-Devíller, o Direito Urbanístico é "o conjunto das regras concernentes à afetação do espaço e sua ordenação"(Droit de l'Urbanisme, Paris, Dalloz, 4ª ed., 1998, p. 1).

Carceller Fernandez invoca a noção exposta por Jacquinon para dizer que o "Direito Urbanístico é o conjunto de regras mediante as quais, a Administração, em nome da utilidade pública, e os titulares do direito de propriedade, em nome da defesa dos interesses privados, devem coordenar suas posições e suas respectivas ações com vistas à ordenação do território" (Instituciones de Derecho Urbanistico, Madri, 5ª ed., 1992, p. 24-25).

De seu lado, Tomás Ramón-Fernandez salienta que em nossos dias o Direito Urbanístico busca assegurar um equilíbrio apropriado entre todas as demandas de solo, de tal modo que o solo se utilize no interesse de todo o povo (Manual de Derecho Urbanistico, Madri, 13ª ed., 1998, p. 19).

A harmonização dos interesses há de ser realizada com fórmulas justas e com instrumentos adequados, que devem ser proporcionados pelo Direito Urbanístico.

1.2. A questão da autonomia

Dada sua formação recente, discute-se a respeito da autonomia do Direito Urbanístico.

Há uma corrente que afirma tratar-se basicamente do Direito Administrativo, tendo em vista que prevê normas sobre uma das atuações da Administração Pública, a função urbanística. Além do mais, utiliza-se de muitos institutos do Direito Administrativo. Nessa linha posiciona-se Carceller Fernandez (op. cit., p. 28). Ainda inserido no Direito Administrativo, muitos o vêem como capítulo moderno do Direito Administrativo.

Essa corrente hoje não pode prevalecer, pois remete-se aos anos 50 ou 60 do século XX, quando os manuais ou tratados de Direito Administrativo dedicavam alguns capítulos à matéria urbanística (V., por exemplo, Marcel Waline, na obra Précis de Droit Administratif, 1968, que no segundo volume dedica uma parte do Urbanismo). A evolução do urbanismo, os problemas dos grandes aglomerados urbanos, a acelerada urbanização impedem tratar

o Direito Urbanístico no âmbito geral de uma outra disciplina jurídica; é cada vez mais forte a exigência de um instrumental próprio de estudo que forneça um quadro completo dessa matéria.

Outra corrente afirma tratar-se de um direito especial, porque participa de normas de Direito privado e de Direito público, propiciando peculiaridade que o afasta destes, embora não esteja suficientemente elaborado. Em sentido semelhante, diz-se que se cuida de um conjunto de normas jurídicas de natureza distinta, informadas por princípios diferentes. As duas correntes, embora tentem ressaltar a peculiaridade do Direito Urbanístico, não oferecem indicadores claros dessa peculiaridade.

Em minoria encontram-se aqueles que apregoam sua autonomia como ramo jurídico e sua autonomia didática, porque dotado de método e sistematização científica próprias e legislação própria – ordenamento próprio e orgânico, muitas vezes reunido em código.

Para José Afonso da Silva, a quem assiste razão, "parece ainda cedo para falar-se em autonomia científica do Direito Urbanístico, dado que só muito recentemente suas normas começaram a desenvolver-se em torno do objeto específico que é a ordenação dos espaços habitáveis ou sistematização do território". O mesmo autor ressalta que essa disciplina vai-se impondo, havendo em muitos países cursos específicos, estudos teóricos, monografias (Direito Urbanístico Brasileiro, 2ªed, 2ª tiragem, p. 36-37). Deve-se lembrar que os livros específicos sobre Direito Urbanístico surgiram na década de 70 do século XX, salientando-se no Brasil a obra pioneira de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico, de 1975 e a obra de José Afonso da Silva, Direito Urbanístico Brasileiro, também pioneira por tratar de modo específico somente dessa matéria, de modo profundo.

A partir da década de 70 do século XX nota-se um aumento acentuado das obras, artigos e pesquisas sobre o Direito Urbanístico. Revistas especializadas foram lançadas. Criaram-se cursos nas Faculdades de Direito, de que é exemplo a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, onde foi implantada, em 1976, por iniciativa de José Afonso da Silva, a disciplina respectiva, no Curso de Pós-Graduação. Ampliou-se também a legislação urbanística. Essa panorama demonstra a importância dessa disciplina jurídica, independentemente de sua conotação como ramo jurídico autônomo ou não. Pode-se dizer que o Direito Urbanístico hoje é dotado de sistematização própria e de um campo próprio sobre o qual incidem suas normas e institutos. Apresenta-se identificado, não podendo mais ser visto como capítulo ou parte de outra disciplina jurídica.

2. Interdisciplinariedade

O Direito Urbanístico abarca um conjunto de normas vinculadas a diversos ramos jurídicos, como, por exemplo, normas constitucionais, administrativas, civis, tributárias, ambientais. Tais normas sistematizam-se em torno da ordenação harmoniosa das aglomerações, para a melhor qualidade de vida humana, formando o Direito Urbanístico, que se apresenta como disciplina de síntese, disciplina *carrefour*. Esta parece ser a tendência de muitas disciplinas jurídicas de formação recente, dentre as quais os Direitos Fundamentais, o Direito do Consumidor, o Direito Ambiental.

3. Inserção no Direito Público

O urbanismo, na concepção atual, revela-se como atividade que permite determinar os quadros da vida coletiva da grande maioria da população, pois vai cuidar da ordenação dos espaços. Por isso apresenta-se notoriamente voltado ao atendimento do interesse público, podendo ser mesmo considerado, sob certo aspecto, como uma política pública (v. Jacquot e Priet, Droit de l'Urbanisme, 1998, p. 6).

E o Direito Urbanístico vai tratar das normas que propiciam ao Poder Público atuar para que os espaços sejam ordenados harmoniosamente, conciliando o interesse público com os interesses privados, se for possível. Ainda que se avente que os particulares também realizam atividades urbanísticas, não se apaga o caráter público do Direito Urbanístico, visto que os particulares exercem essas atividades sob o crivo do Poder Público.

A este cabe a função urbanística, que tem finalidade de interesse público. Daí inserir-se o Direito Urbanístico no Direito Público. Para Carceller Fernandez "o urbanismo diz respeito à questão do sistema de utilização do solo e seu encontro com o Direito nasce quando se configura como função pública que propicia a fixação de um regime específico do direito de propriedade" (op. cit., p. 31).

4. Direito patrimonial

Para Jacqueline Morand-Deviller, o Direito Urbanístico mostra-se como direito patrimonial no sentido de que nele "se confrontam dois modos de utilização da propriedade: a utilização no interesse comum e a utilização no interesse particular. O interesse comum decorre de finalidades diversas e complementares: interesse econômico impondo a gestão racional do espaço; interesse social da diversidade do "habitat" e da reestruturação do emprego; interesse da proteção do meio ambiente, da qualidade de vida, do estetismo, impondo limites à ordenação ". (Droit de l'Urbanisme, 1998, p. 1).

5. Multiplicidade de atores

Para a mesma autora, o Direito Urbanístico "coloca em presença numerosos atores, muitas vezes em situação de conflito: o Poder Público, os proprietários do solo, os construtores, os terceiros vizinhos, as associações de defesa, os elaboradores de projetos", por exemplo. Afirma ser conveniente, por isso, prever mecanismos de consenso e acordo, prévios à decisão, onde os diferentes interessados poderão expor seus pontos de vista e buscar o entendimento (op. cit., p. 2). As situações de conflito entre os diversos interessados parecem aumentar nas cidades e grandes metrópoles dos países, como o Brasil, em que boa parte da população vive na miséria, sobressaindo os problemas de moradia, saneamento, saúde, educação, desemprego, violência, problemas esses que se intrincam e repercutem na questão urbana.

6. Dimensão local e assunto de todos

No Brasil e nos países em que as comunas ou municípios detêm grande parcela da competência na função urbanística, o Direito Urbanístico reveste-se de uma dimensão local primordial, embora enquadrada, em vários temas, em leis de âmbito nacional. Por isso, menciona-se sua condição de direito "espacializado" ou "territorializado" (Jacquot et Priet, op. cit. p. 15). Ao mesmo tempo, por inserir-se nas preocupações cotidianas dos cidadãos no seu quadro de vida, o Direito Urbanístico é também "assunto de todos", revestindo-se de conotação difusa (v. Jacqueline Morand-Deviller, op. cit., p. 9).

7. Temática

A consulta aos manuais de Direito Urbanístico, na doutrina pátria e estrangeira, permite arrolar as matérias que integram sua temática essencial. Encontram-se, por exemplo, estudos sobre: aspectos conceituais do Direito Urbanístico; o tratamento urbanístico da propriedade urbana; a competência em matéria urbanística; as estruturas administrativas da função urbanística; os planos urbanísticos; a qualificação do solo; o uso e a ocupação do solo; os loteamentos; a renovação urbana; as restrições urbanísticas à propriedade; as desapropriações urbanísticas; as licenças edilícias. No direito espanhol e italiano estuda-se também o direito urbanístico sancionador. Nos manuais franceses há capítulo dedicado ao contencioso do urbanismo.

8. Princípios

A pesquisa à literatura especializada revela que são raros os autores que mencionam os princípios do Direito Urbanístico, visto que se trata de uma disciplina jurídica de formação recente. Dentre estes encontra-se, José

Afonso da Silva, no seu clássico Direito Urbanístico Brasileiro, que se inspira em Antonio Carceller- Fernandez para expor tais princípios. Este autor, por sua vez, extrai os princípios da lei espanhola de regime do solo e ordenação urbana, de 1956, que não vigora mais.

Esses princípios são os seguintes:

a) *Princípio da função social da propriedade* – No ordenamento brasileiro, o preceito apresenta base constitucional. Com efeito o art. 5°, XXII, da Constituição Federal de 1988 garante o direito de propriedade, mas o inciso XXIII determina que a propriedade atenderá a sua função social. Por sua vez, no capítulo da política urbana, o art. 182, § 2°, prevê que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Vê-se, então, que se o plano diretor é instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, a propriedade urbana atenderá à sua função social nos termos da conformação aí delineada.

Embora o princípio da função social da propriedade também fundamente outras disciplinas jurídicas (como o direito agrário, por exemplo), apresenta-se com presença marcante no Direito Urbanístico, oferecendo a base de muitos institutos e normas nele previstos.

b) *Princípio da justa distribuição dos benefícios e encargos decorrentes da atividade urbanística* - A atuação urbanística deve impedir a desigual distribuição dos benefícios e encargos entre os proprietários afetados e determinar a justa distribuição dos mesmos (v. Carceller- Fernandez, op. cit, p. 60).

c) *Princípio da afetação das* ***plusvalias*** *ao custo da urbanificação* - Em virtude do preceito, o proprietário dos terrenos deve realizar os gastos da urbanificação, como compensação da mais-valia decorrente da transformação do solo ou da melhora de suas condições de edificação.

d) *Princípio do urbanismo como função pública* - Cabem à Administração as decisões básicas nessa matéria; a ordenação urbana é expressão do poder da Administração e não mera expectativa privada.

e) *Princípio da remissão ao plano* – A Constituição brasileira de 1988, no mencionado art. 182, §1°, atribui ao plano diretor municipal a condição de instrumento básico da política de desenvolvimento urbano e de expansão urbana e vincula a função social da propriedade às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor (§2° do art. 182). Portanto, a Constituição remete ao plano diretor municipal as faculdades do direito da propriedade urbana. Essa remissão, conforme se depreende do §4° do mesmo artigo, implica não somente abstenções no exercício do direito de propriedade, mas também obrigações positivas ou ativas.

A prática urbanística brasileira, entretanto, não vem ocorrendo nos termos previstos no art. 182, acarretando um total "esquecimento" ou desprestígio do planejamento e dos planos urbanísticos. Nota-se uma distância enorme entre o modelo constitucional da política urbana e a prática. Daí parecer estranho à realidade urbanística brasileira o princípio da remissão ao plano, que encontra grande ressonância em países como a Espanha e a França, onde os planos formam o eixo da atividade urbanística.