

PRINCÍPIOS DE DIREITO URBANÍSTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

REGINA HELENA COSTA

1. Introdução — 2. Conceito e objeto do Direito Urbanístico — 3. Posição do Direito Urbanístico dentro da Ciência Jurídica — 4. Autonomia: científica ou didática? — 5. Os princípios jurídicos — 6. Os princípios informadores do Direito Urbanístico — 7. A Constituição de 1988 — 8. Conclusões — 9. Bibliografia.

1. Introdução

Disciplina recente, o Direito Urbanístico vem, pouco a pouco, ganhando a atenção dos estudiosos, na medida em que o Estado, cada vez mais, vem interferindo na propriedade privada.

Sendo matéria nova, ainda ressentem-se do pouco desenvolvimento dos seus conceitos e institutos, o que ocasiona certas dificuldades àqueles que desejam melhor conhecer o seu objeto.

A começar de seu posicionamento dentro da Ciência do Direito, ainda muito discutido pela doutrina. A questão de sua autonomia, por exemplo, se científica ou didática, tem gerado também alguma polêmica.

Ligada à problemática de sua autonomia, temos a relativa à identificação de princípios específicos de direito urbanístico, ponto nuclear deste trabalho. Releva descobrir, pois, se, a despeito de seu pouco desenvolvimento, já se pode extrair, do ordenamento jurídico, alguns vetores informadores desta matéria, verdadeiras diretrizes norteadoras de seu campo de incidência.

E, neste passo, impende destacar o valioso avanço imprimido pela Constituição de 1988, rica em dispositivos a respeito do assunto, os quais serão objeto de nossa análise, na desprezível tarefa de fazer uma modesta contribuição ao estudo do direito urbanístico.

2. Conceito e objeto do Direito Urbanístico

Etimologicamente, a palavra urbanismo, do latim *urbs urbis*, significa cidade e, por extensão, os habitantes da cidade.¹ Tecnicamente, “é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.² Em outras palavras, consiste o urbanismo na ciência e na técnica de ordenar os espaços habitáveis, visando ao bem-estar geral.³

Incidindo sobre o Urbanismo, temos o Direito Urbanístico,⁴ que, objetivamente, pode ser definido como o “conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar os espaços habitáveis, o que equivale dizer: conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade urbanística”.⁵ O adjetivo “urbanístico” qualifica algo que se refere a todos os espaços habitáveis, *não se opondo a “rural”, conceito que nele se contém; não é sinônimo de “urbano”, mas significa “do território”*.⁶

Constituindo-se na disciplina jurídica do Urbanismo, o Direito Urbanístico possui objeto bastante amplo. Abrange todas as regras jurídicas que cuidem do planejamento urbanístico, do uso e da ocupação do solo urbano (parcelamento, loteamento, proteção ambiental), da ordenação da atividade edilícia (zoneamento, licenças urbanísticas) e da utilização de instrumentos de intervenção urbanística (desapropriação, tombamento, servidão administrativa).

1. Cf. Antonio Carceller Fernandez, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1979, p. 33.

2. Cf. Hely Lopes Meirelles, “Direito Municipal Brasileiro”, 3.^a ed. refundida, São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 585.

3. Louis Jacquignon assim define urbanismo: “l’art de concevoir l’aménagement des villes sur des données démographiques, économiques, estétiques et culturelles, en vue du bien-être humain et de la protection de l’environnement” (*Le Droit de l’Urbanisme*, 5^{ème} édition, Éditions Eyrolles, Paris, 1975, p. 2).

4. Os franceses denominam a disciplina de “Direito do Urbanismo” (*Droit de l’Urbanisme*), querendo significar, talvez, que ainda não o consideram como um ramo do Direito, mas tão-somente como o regime jurídico do Urbanismo.

5. Cf. José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981, p. 21.

6. Cf. Federico Spantigati, *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, p. 11, e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico”, 2.^a ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 56.

Fixados, assim, os conceitos de Urbanismo e Direito Urbanístico, mister passemos a examinar a posição deste ramo do Direito dentro da Ciência Jurídica.

3. Posição do Direito Urbanístico dentro da Ciência Jurídica

O enquadramento do Direito Urbanístico dentro da Ciência Jurídica tem sido muito debatido entre os mais abalizados autores.

Invocando a *summa divisio* entre Direito Público e Direito Privado, de cunho pedagógico clássico, mas de valor científico cada vez mais discutível, a maioria dos juristas inclina-se a encartar o Direito Urbanístico dentro do Direito Público, mais precisamente dentro do Direito Administrativo.⁷ Fundamentam sua orientação no argumento de que as normas de Direito Urbanístico nada mais são do que normas administrativas, pois cuidam de uma parte da organização e da atividade da Administração Pública.

Alguns vão um pouco além, para situar o Direito Urbanístico dentro do Direito Econômico, em face das implicações do Urbanismo com a Economia da Nação.⁸

Outros, na medida em que se verifica o progressivo aperfeiçoamento e a unidade das normas urbanísticas, já esboçam convicção de que o Direito Urbanístico possa, em futuro breve, constituir-se num ramo distinto do Direito Administrativo.⁹

Tais opiniões nos levam a crer que a dificuldade de situar o direito urbanístico dentro da Ciência Jurídica reside, exatamente, na peculiar natureza de que se revestem as normas urbanísticas.

Disciplinando a ordenação dos espaços habitáveis, as normas urbanísticas vão interferir — de forma mais ou menos acentuada — no direito de propriedade, regido, basicamente, por normas de Direito Civil.¹⁰

7. Cf. Carceller Fernandez, ob. cit., p. 32; Moreira Neto, ob. cit., pp. 58-59; Italo Di Lorenzo, *Diritto Urbanistico*, Torino, UTET, 1973, p. 27; Claude Blumann, *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 1977, p. 4; Virgílio Testa, *Disciplina Urbanistica*, Settima Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

8. Cf. Jacquignon, ob. cit., pp. 5-6; Gérard Farjat, "Droit Économique", Paris, Presses Universitaires de France, 1971, p. 60.

9. Cf. André Laubadère, "Traité Élémentaire de Droit Administratif", 6ème édition, t. 2, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, p. 400.

10. Trata-se das chamadas limitações e restrições administrativas. *Limitações administrativas* são as imposições gerais e abstratas à propriedade, esta-

Di Lorenzo, com a acuidade habitual, percebeu esta múltipla incidência normativa, pois, embora considerando o Direito Urbanístico no quadro do Direito Administrativo, salienta que a matéria apresenta, em vários aspectos, notáveis conexões com relações jurídicas de natureza civilista, vez que o direito de propriedade encontra limites no interesse público e no interesse privado.¹¹

Conjuga, assim, o Direito Urbanístico, elementos considerados como do Direito Público com outros tidos como do Direito Privado, o que acaba conferindo a este novo ramo da Ciência Jurídica uma feição distinta das matérias dentro das quais se pretende inseri-lo.

Realmente, parece-nos um tanto cômodo e simplista afirmar-se que o Direito Urbanístico encarta-se perfeitamente dentro do Direito Administrativo, como faz a doutrina quase em uníssono, ou, mesmo, dentro do Direito Econômico.

Se é verdade que o Direito Administrativo regula as relações jurídicas entre a Administração e os particulares, não é menos verdade que no Direito Urbanístico encontramos normas que, tratando de relações da mesma espécie, apresentam homogeneidade particular, qual seja, seu objeto refere-se à propriedade imóvel. Assim, as normas de Direito Urbanístico regulam as relações jurídicas entre a Administração e os particulares referentes à disciplina da propriedade imóvel.

Partir-se, pois, da divisão absolutista do Direito em público e privado se nos mostra inservível para o fim de se enquadrar o direito urbanístico.¹² Neste particular, estamos com o mestre José Afonso da Silva, para quem o Direito Urbanístico, “especialmente no Brasil, forma-se de um conjunto de normas que ainda pertencem a várias

belecezas pela Constituição e pela lei, configurando, pois, o próprio perfil o direito de propriedade. Coincidem com a noção de “Poder de Polícia”. *Restrições administrativas*, por seu turno, são as imposições específicas e concretas a determinada propriedade, incluídas na esfera da chamada “Polícia Administrativa”.

11. Ob. cit., p. 27-28.

12. Enrique Rivero Ysern observa que “la dicotomía Derecho Público-Derecho Privado se hace cada vez más problemática y compleja, porque la coexistencia del interes público con el de los particulares se multiplica en las relaciones jurídicas provocando que, junto a supuestos perfectamente encuadrados en uno u otro sector jurídico, supuestos cada vez más escasos, exista una diversidad de relaciones jurídicas donde coexisten normas jurídico públicas con normas jurídico privadas”. *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*. Instituto García Oviedo, Universidade de Sevilla. 1969. p. 3.

instituições jurídicas, parecendo mais adequado considerá-lo, em seu estágio atual, como *uma disciplina de síntese ou ramo multidisciplinar do Direito*, que, aos poucos, vai configurando suas próprias instituições".¹³

Concordamos, todavia, que, dentre as múltiplas disciplinas que emprestam elementos ao Direito Urbanístico, *predomina o Direito Administrativo*, por ser este o ramo da Ciência Jurídica que regula as relações entre a Administração e os administrados; porém, concluir-se que o Direito Urbanístico é puro Direito Administrativo parece-nos equivocado. Trata-se, portanto, de uma disciplina em evolução,¹⁴ que caminha gradualmente para a consolidação de seu perfil.

Filiando-se este entendimento, José Martin Blanco aponta, com precisão, as linhas gerais em que se basearia, provisoriamente, o Direito Urbanístico: 1.º) É um *direito especial* que, agregando normas de Direito Privado e de Direito Administrativo, apresenta certa peculiaridade que o separa de ambos; 2.º) É um direito construído sobre um conceito funcional de *propriedade imóvel*, tendo como núcleo central a *função social da propriedade*; 3.º) É um *direito a elaborar*, sobre princípios próprios e genuínos da gestão urbanística; 4.º) É um *direito inovador*, na medida em que as *fórmulas jurídicas tradicionais são muitas vezes insuficientes para a celeridade com que os problemas urbanísticos devem ser postos e resolvidos*; 5.º) É um direito de *conteúdo preponderantemente social*.¹⁵

Destarte, posto que, para nós, o direito urbanístico já se constitui numa disciplina distinta das demais que compõem a Ciência Jurídica, passaremos à indagação referente à sua autonomia, para que possamos, logo mais, enfrentar a difícil questão relativa aos princípios de Direito Urbanístico. É o que faremos a seguir.

4. Autonomia: científica ou didática?

Para que se compreenda, devidamente, a questão da autonomia de um ramo da Ciência Jurídica, há que, preliminarmente, precisar-se o seu conceito.

13. Ob. cit., p. 29. Os grifos são do autor.

14. Cf. Blumann, ob. cit., pp. 6-7.

15. "El jurista ante la gestión urbanística", in *Estudios de Derecho Urbanístico*, Madrid, Gráfica Exeres, 1960, p. 53, como citado por Adilson Abreu Dallari, *Desapropriações para fins urbanísticos*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 22 (os grifos são nossos).

Considerado o Direito como uma unidade, é lícito falar-se em autonomia didática e autonomia científica dos ramos da Ciência do Direito. “A primeira, justificada pela oportunidade de circunscrever o estudo a um grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente a seu objeto, mas ainda se acham sujeitas a princípios de outro ramo; a segunda, quando, além da necessidade indicada, verifica-se a formação de princípios e institutos próprios”.¹⁶

Autonomia, de *auto*, próprio e *nomos*, norma, significa, assim, a atuação de normas próprias dentro do círculo maior da ordem jurídica, podendo-se, pois, afirmar que um ramo da Ciência Jurídica é autônomo a respeito dos demais.

Se a autonomia científica só é alcançada “pela existência de normas específicas, razoavelmente desenvolvidas, que regulem condutas ou relações conexas ou vinculadas a um objeto específico, conferindo homogeneidade ao sistema normativo de que se trata”,¹⁷ é forçoso concluir-se que o problema da autonomia insere-se no âmbito do Direito Positivo, o qual tem o condão de gerar, ou não, princípios, conceitos e institutos próprios em torno de um objeto específico.

Nesse sentido parece-nos que o Direito Urbanístico dirige-se ao alcance dessa autonomia científica; entretanto, examinando o Direito Positivo pátrio constatamos, no presente, tão-somente, sua autonomia didática. É o que *Blumann*, analisando o Direito Urbanístico francês, denomina de autonomia incompleta.¹⁸

E assim é porque a matéria carece de atenção por parte do legislador, porque o Urbanismo não tem sido preocupação relevante no Brasil. Por isso, como lembra Adilson Dallari, “é fato notório que a nova disciplina se desenvolveu mais em países que já tinham uma certa tradição no tocante à ação governamental no campo do desenvolvimento urbano ou que sentiram primeiro ou mais intensamente as conseqüências do processo de urbanização”.¹⁹ Esta afirmação é comprovada pela doutrina urbanística desenvolvida na Espanha, na França e na Itália.

A legislação referente ao Urbanismo no Brasil, além de escassa, é esparsa e pouco didática, o que tem prejudicado o avanço da disciplina urbanística, acarretando reflexo inexorável na doutrina.²⁰ Entre-

16. José Afonso da Silva, ob. cit., p. 27.

17. Idem, pp. 27-28.

18. Ob. cit., p. 4.

19. Ob. cit., p. 20.

20. Poucos são os autores pátrios preocupados com a matéria. Mencione-se, *exempli gratia*, Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, Diogo de

tanto, parece-nos que a Constituição de 1988 virá reverter esse panorama, pois nela aflora uma nítida preocupação com as questões urbanísticas, como veremos adiante.

Por ora inexistente entre nós um diploma legal que consagre normas gerais de Direito Urbanístico com diretrizes orientadoras de toda atuação urbanística, a exemplo do que ocorre com a "Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana" espanhola, de 12 de maio de 1956, alterada pela Lei 19, de 2 de maio de 1975. Tampouco constata-se qualquer unidade entre as normas referentes à desapropriação para fins urbanísticos, ao parcelamento urbano, à servidão administrativa, ao tombamento etc. Vê-se, pois, quão árdua torna-se a tarefa do estudioso de direito urbanístico diante de tal quadro.²¹

De qualquer modo, como adverte Carceller Fernandez, a negação da autonomia científica do Direito Urbanístico não é obstáculo para reconhecer sua importância, vez que se constitui num dos ramos mais relevantes do Direito, em face da própria atualidade do fenômeno urbanístico.²²

Mesmo reconhecendo prescindir o Direito Urbanístico de autonomia científica, restando-lhe, tão-somente, autonomia didática, entendemos ser possível extrair, do Direito Positivo, alguns princípios que lhe tocam especificamente o objeto, ainda que tais princípios possam não se lhe aplicar em caráter exclusivo. Para tanto, cumpre reforçarmos a noção de princípio, para após, tentarmos alcançar nosso intento.

5. Os princípios jurídicos

Invocando novamente a etimologia, princípio, do latim *principium principii*, nos traz a idéia de começo, origem, base. É, pois, o alicerce sobre o qual se constrói um sistema.²³ No que tange aos princípios jurídicos, Roque Carrazza nos oferece uma acertada definição: "Princípio jurídico é o enunciado lógico, implícito ou explícito

Figueiredo Moreira Neto, Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, dentre os mais expressivos.

21. Spantigati menciona esta dificuldade e aponta como solução o recurso à Teoria Geral do Direito: "Esporte sistematicamente il diritto urbanistico porta a raccogliere norme numerose e disparate, e di grande importanza pratica, in un quadro compatto e coerente, ed incide necessariamente nel profondo della teoria generale del diritto", ob. cit., p. 45.

22. Ob. cit., p. 33.

23. Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Elementos de Direito Administrativo", 1.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 230.

cito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam".²⁴

Podemos dizer que os princípios jurídicos são, assim, normas de maior hierarquia, verdadeiras sobrenormas que informam a aplicação das demais que a ela se referem.

Jesus Gonzalez Perez endossa o mesmo entendimento: "Os princípios jurídicos constituem a base do Ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação (...) E, precisamente, por constituir a base mesma do Ordenamento, não é concebível uma norma legal que o contravenha".²⁵

O mesmo autor espanhol revela a importância dos princípios gerais de Direito ao dissertar sobre as funções por eles exercidas. Inicialmente, ensina que os princípios têm a função de orientar o trabalho interpretativo, pois, se hoje está consagrado o critério de interpretação finalista ou teleológico, é óbvio que, na busca pelo sentido e pela finalidade de uma norma, terão um papel importante os princípios informadores do grupo normativo aplicável.

Em seguida, menciona como função dos princípios gerais de Direito a de regular a atividade discricionária. Para ele, se, quando a atividade administrativa está regada pela norma, a função dos princípios não pode ir além da interpretação da norma reguladora, quando esta confere à Administração uma margem, maior ou menor de discricionariedade, o princípio geral torna-se norma diretamente obrigatória.

Como terceira e última função, o autor cita a aplicação direta dos princípios em caso de insuficiência da norma legal, o que equivale dizer que todo princípio jurídico é fonte supletiva de Direito ante a ausência de lei ou de costume (art. 1.º do Código Civil Espanhol).²⁶

24. "Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária", São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 8.

25. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1983, pp. 45-46.

26. *Las Licescias de Urbanismo*, Madrid, Publicaciones Abelia, 1978, pp. 49-54.

Postas estas úteis idéias sobre o conceito e as funções dos princípios jurídicos, seguiremos na tentativa de identificação dos princípios específicos que procuramos.

6. Os princípios informadores do Direito Urbanístico

Como tivemos oportunidade de assinalar anteriormente ao tratarmos do problema referente à autonomia desse ramo da Ciência Jurídica, afirmamos que ela depende de Direito Positivo, que poderá ou não gerar princípios, conceitos e institutos próprios. Dissemos também que a legislação disciplinadora do Urbanismo no Brasil é escassa, esparsa e pouco didática, o que dificulta a extração de princípios informadores dessa matéria.

Mesmo entre os autores estrangeiros, de países cuja legislação urbanística é desenvolvida, poucos foram os que se aventuraram a apontar tais diretrizes. Convém, porém, analisarmos suas opiniões, para, então, verificarmos se os princípios por eles indicados podem também ser extraídos do Direito Positivo Brasileiro.

Gonzalez Perez, após examinar as funções dos princípios gerais de Direito, elenca uma série de princípios informadores da intervenção administrativa, a saber: *princípio da legalidade, princípio da igualdade, princípio da subsidiariedade e princípio da boa-fé*.²⁷

Vejamos, brevemente, qual o conteúdo que o autor atribui a cada um desses princípios. Em primeiro lugar, trata do princípio da legalidade, o qual impõe a submissão da Administração à lei formal, adquirindo especial importância na função administrativa interventora. Significa que só se poderá intervir na atividade dos administrados nos casos legalmente autorizados e pelos motivos e para os fins previstos e que, a regulamentação da intervenção, como toda atividade produtora de normas, está sujeita ao princípio da hierarquia das normas.

O *princípio da igualdade*, entendido como a igualdade perante a lei, traduz um tratamento igual para situações iguais. O *princípio da subsidiariedade*, por sua vez, possui conteúdo mais complexo. Ensina o autor que o princípio comporta a abstenção de toda intervenção dos entes públicos onde o livre jogo da iniciativa privada é suficiente para atender adequadamente as necessidades públicas, observada, sempre, a proporcionalidade dessa mesma intervenção.

O jurista entende também que os direitos devem ser exercitados conforme as exigências da *boa fé*. A Administração, quando se encontra diante da necessidade de interferir na atividade do administrado, deve procurar fazê-lo no momento e na forma que lhe resultem menos gravosos.

Como visto, o mestre espanhol elenca três princípios gerais (legalidade, igualdade e boa-fé), mas apenas um princípio específico da intervenção administrativa (subsidiariedade).

Outro autor espanhol, Antonio Carceller Fernandez, ao comentar a citada “Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana”, aponta seus princípios inspiradores.²⁸ Primeiramente, menciona o princípio de que o *Urbanismo é função pública*, visto que a ordenação urbana é uma potestade pública e não propriamente uma expectativa privada; há sempre que se dar preferência ao interesse social sobre o interesse particular.²⁹

Outro princípio é o da *remissão ao Plano*, a significar que as expectativas urbanísticas derivam diretamente deste. A seguir, menciona o princípio da *função social da propriedade*, que, para a “Ley del suelo” é o encargo mais delicado e difícil que tem de enfrentar a ordenação urbanística, vez que, se a propriedade é reconhecida e amparada pelo Poder Público, também deve harmonizar-se o exercício de suas faculdades com os interesses da coletividade.

Consoante o princípio da *afetação das mais-valias ao custo da urbanificação*,³⁰ os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes, dentro dos limites do benefício por eles alcançado.

Finalmente, temos o princípio da *justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística*, que pretende evitar a desigualdade com que os proprietários percebem e suportam os influxos da ordenação urbanística.

28. Ob. cit., pp. 52-54.

29. Eduardo García de Enterría e Luciano Parejo Alfonso também entendem o Urbanismo como função pública em seu “Lecciones de Derecho Urbanístico”, Madrid, Ed. Civitas, 1981, p. 113.

30. De distinto conteúdo são os termos urbanização e urbanificação. Como elucida José Afonso da Silva, “urbanização” é “o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”, verdadeiro fenômeno de concentração urbana. “Urbanificação”, por sua vez, traduz-se no “processo de correção da urbanização, mediante a reurbanização ou a criação artificial de conglomerados urbanos, da qual Brasília é, entre nós, exemplo típico” (Ob. cit., pp. 9-10). A urbanificação é, assim, a técnica pela qual saneia-se os males provocados pela urbanização.

Baseado na lição de Carceller Fernandez, o mestre José Afonso da Silva elenca ainda dois outros princípios: o da conformação da propriedade urbana pelas normas de ordenação urbanística, conexo com o princípio de que o Urbanismo é função pública e o da coesão dinâmica das normas urbanísticas, cuja eficácia assenta basicamente em conjuntos normativos (procedimentos), antes que em normas isoladas.³¹

A nosso ver, Carceller Fernandez conseguiu, realmente, extrair, do Direito Positivo espanhol, vários princípios específicos do Direito Urbanístico. De qualquer modo, resta saber se é possível fazê-lo no Direito Positivo pátrio. *Cumpra advertir que nossa tarefa limitar-se-á à busca de princípios específicos informadores do Direito Urbanístico, deixando à margem de nossas considerações princípios gerais aplicáveis a quase todos os ramos da Ciência Jurídica, como os princípios da legalidade, da igualdade e da boa-fé.* Nossa análise cingir-se-á ao exame da Constituição, que, como conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da estrutura e da organização do Estado, consubstancia-se no fundamento de toda normação jurídica.

7. A Constituição de 1988

A atual Lei Maior, sem dúvida alguma, avançou em muitos aspectos e, dentre eles, especialmente, no que tange às questões urbanísticas. Assim é que dedica numerosos dispositivos à proteção da propriedade e seu condicionamento à função social (art. 5.º, XXII, XXIII, XXIV; art. 170, II e III; art. 182; art. 184; art. 185; art. 186), ao planejamento urbanístico, ao uso e à ocupação do solo urbano (arts. 21, IX, XX e XXI; 23, IX; 24, I; 25, § 3.º; 30, VIII; 43; 48, IV; 174; 178, I; 182, §§ 1.º e 2.º) à proteção ambiental (arts. 23, III, VI, VII e IX; 24, VII e VIII; 129, III; 170, VI e 225) e aos instrumentos de intervenção urbanística (arts. 5.º, XXIV; 22, II; 182, §§ 3.º e 4.º; 184, *caput*; 185 e 216, §§ 1.º e 5.º).

O primeiro princípio de direito urbanístico extraível do ordenamento jurídico é o da função social da propriedade. A expressão “função social” é enfatizada pelo legislador constituinte, aparecendo repetidas vezes no texto magno.³² De acordo com tal postulado, o pro-

31. Ob. cit., pp. 29-30.

32. Arts. 5.º, XXIII; 170, II; 182, *caput* e § 2.º; 184, *caput*; 185, parágrafo único e 186.

prietário deve utilizar-se de sua propriedade conjugando, ao seu interesse particular, o interesse social. Como bem salienta Celso Bastos, o direito de propriedade está, assim, condicionado a dois fatores independentes: o fator aquisitivo da propriedade, segundo o qual será proprietário aquele que a adquirir de forma legítima, conforme a lei, e um fator de caráter contínuo, segundo o qual é preciso que o proprietário use esta propriedade de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena.³³

Carlos Ari Sundfeld, em precioso trabalho sobre o tema, conclui na mesma linha de pensamento: “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 (...) importa notar que, como consequência da submissão da propriedade, ou do proprietário, a objetivos sociais — evidentemente obrigatórios — criam-se verdadeiros deveres”.³⁴

O texto constitucional, inova, outrossim, ao contemplar capítulos específicos à política urbana, à política agrícola e fundiária e à reforma agrária (arts. 182 a 191).

Com relação à propriedade urbana, preceitua que a mesma cumpre sua função social “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 2.º). Acrescenta a Lei Maior 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” (art. 182, § 1.º).

José Afonso da Silva ensina que, “com as normas dos arts. 182 e 183, a Constituição fundamenta a doutrina segundo a qual a propriedade urbana é forma e condicionada pelo Direito Urbanístico a fim de cumprir sua função social específica: realizar as chamadas funções urbanísticas de propiciar *habitação* (moradia), condições adequadas de *trabalho*, *recreação* e de *circulação* humana”.³⁵

33. “A função social da propriedade”, *Suplemento Jurídico do DER*, São Paulo, jan.-mar./85, pp. 9-14.

34. “Função social da propriedade”, *Temas de Direito Urbanístico-1*, São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 5.

35. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5.ª ed., Ed. RT, 1989, p. 684 (os grifos são do autor).

O professor José Carlos Cal Garcia, por seu turno, bem apreende o sentido dos dispositivos constitucionais dedicados à propriedade urbana: “O que caracteriza, assim, a política adotada é que a nova propriedade urbana, ao fazer parte de um plano, visa o interesse público e é nesse contexto que se determina o uso a ser dado ao solo urbano. O que caracteriza, destarte, a propriedade urbana que emerge do texto constitucional é o fato de que o contexto em que ela se acha inserida é muito mais amplo do que o interesse privado do seu titular”.³⁶

Como aplicações do princípio à propriedade urbana temos a autorização para o emprego de mecanismos impositivos, dentre eles o de uma modalidade expropriatória mais gravosa, autêntica “desapropriação-sanção”,³⁷ e também uma espécie de usucapião especial, pró-moradia (arts. 182, § 4.º e 183).³⁸

No que concerne à função social da propriedade rural, por sua vez, sua disciplina vem prevista basicamente no art. 186, que estabelece os requisitos que deverão ser satisfeitos, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei. Da leitura dos dispositivos pertinentes à matéria depreende-se, facilmente, que a produtividade é um elemento da função social da propriedade rural, a qual, se presente, torna esta insuscetível de desapropriação para fins de reforma agrária e autoriza, também, uma modalidade de usucapião especial (arts. 185 a 191).

Como se vê, tal é a relevância e a extensão do princípio da função social da propriedade, irradiando-se por todo o campo de incidência das normas urbanísticas, que podemos afirmar, com segurança, ser este um princípio fundamental, típico de Direito Urbanístico, verdadeira diretriz a nortear toda a ordenação do território.

Questão mais complexa é a de se saber se existem e convivem, em nosso ordenamento jurídico, os princípios do Urbanismo como função pública e o da subsidiariedade. O primeiro deles, apontado por Carceller Fernandez ao estudar a “Ley del suelo” espanhola, como vimos, traduz-se no fato de que o Urbanismo é uma potestade pública, já que o interesse público se sobrepõe ao particular. O segundo, indicado por Gonzalez Perez, significa que a intervenção administrativa deve guiar-se pela eficácia, o que importa na abstenção de toda inter-

36. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, p. 178.

37. Cf. José Afonso da Silva, *Curso ...*, p. 684.

38. Idem, *ibidem*.

venção onde a iniciativa privada é suficiente para atender satisfatoriamente as necessidades públicas, observada, sempre, a proporcionalidade dessa intervenção.

Esses princípios, à primeira vista, podem exercer excludentes um do outro, pois, se o Urbanismo é função pública, o que implica um dever jurídico, a subsidiariedade, por sua vez, significa exercer atividade em caráter supletivo.

Num exame mais aprofundado, contudo, verificaremos que esses princípios existem e convivem harmonicamente, na medida em que se estabeleça o correto entendimento de cada um deles. E, novamente, encontraremos o acolhimento dessas diretrizes na própria Lei Maior.

O art. 173 da Constituição da República parece nos oferecer os primeiros subsídios para a solução do problema: “Art. 173 — Res-salvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo; conforme definidos em lei”. (...)

Veja-se, pois, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado tem cabimento estrito, só estando autorizada — é bom enfatizar — quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse público.

Esse dispositivo constitucional, contudo, não está a cuidar especificamente da atividade urbanística, sendo seu campo de incidência todo o domínio econômico.³⁹ Entretanto, entendemos seja aplicável também ao direito urbanístico, vez que, inserta no domínio econômico, está a problemática da propriedade, ponto de partida de todas as considerações de ordem urbanística.

Já com relação ao princípio de que o Urbanismo é função pública, não iremos encontrar qualquer norma — quer constitucional, quer infraconstitucional — que o afirme expressamente. Esse princípio, implícito, é deduzível mediante interpretação sistemática do texto constitucional.

Necessário *a priori*, precisar-se o conceito de função pública. Santi Romano, ao cuidar das funções, assim as definiu: “*As funções “officia, munera” são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontra exemplos mesmo no direito privado (o pátrio-poder, o ofício do executor-testamentário, do*

39. Lembre-se que alguns autores situam o Direito Urbanístico dentro do Direito Econômico. V. nota 8.

tutor etc.), *mas no direito público sua figura é predominante*. Com efeito os interesses objetivos tutelados pelo Estado e os que nele se personificam são também interesses da coletividade considerada no seu conjunto e prescindindo de cada um dos que a compõem: *os poderes do Estado são, em regra, funções*. E os demais poderes do direito público, mesmo quando não são funções, no fundo têm caráter público porque direta ou indiretamente nele se encontram e dele são acessórios e subordinados".⁴⁰

Também Renato Alessi assim considera a função estatal, ao defini-la como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício constitui um dever jurídico.⁴¹

Entendida desse modo a função pública, temos que o Urbanismo, como conjunto de medidas destinadas a organizar os espaços habitáveis, é, sem dúvida, uma função pública, visto estar-se diante de um poder voltado para o atendimento do interesse coletivo e cujo exercício consubstancia-se num dever jurídico.

O próprio texto constitucional confirma esta assertiva, o fazendo, ainda que não expressamente, nos seguintes dispositivos:

"Art. 21 — Compete à União: (...)

IX — elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; (...)

XX — instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

XXI — estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação; (...)

Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

IX — promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)

Art. 25 — Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...)

40. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, trad. Maria Helena Diniz, São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 145 (os grifos são nossos).

41. O pensamento do autor no original é o seguinte: "Il potere statale appunto, considerato in quanto diretto a queste finalità di interesse collettivo ed in quanto oggetto di un dovere giuridico relativamente alla sua esplicazione, costituisce una funzione statale", *Principi di Diritto Amministrativo*, I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1966, p. 3 (os grifos são do autor).

§ 3.º — Os Estados, poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. (...)

Art. 30 — Compete aos Municípios: (...)

VIII — promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

Cite-se, ainda, os preceitos contidos nos arts. 43, 174, 178, incs. I, 182 §§ 1.º e 2.º, 216 §§ 1.º e 5.º.

Conclui-se, destarte, que o Estado tem o poder-dever em matéria urbanística.

Entretanto, isto não significa que haja contradição em nosso ordenamento jurídico quando abriga o princípio de que o Urbanismo é função pública e o princípio da subsidiariedade. O Estado tem o dever jurídico de atuar nesse campo, verificada a existência de interesse coletivo a tutelar, quer mediante a edição de normas disciplinadoras da atividade urbanística, quer pela implementação do planejamento urbanístico. Esta segunda modalidade de atuação é que podrá ser exercida pelos particulares, desde que o façam de forma adequada e suficiente. Portanto, o Urbanismo é uma função pública na medida em que se tem um poder exercido em nome do interesse público e que constitui um dever jurídico. Se os particulares não se interessarem ou não puderem desenvolver a atividade urbanística de modo satisfatório, fica o Poder Público obrigado a desenvolvê-la. Como no Brasil a realidade demonstra a quase nenhuma atuação dos particulares nesse âmbito, o Urbanismo há de ser desenvolvido exclusivamente pelo Estado.

Parece também encontrar abrigo em nosso Direito Positivo o *princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação*, pelo qual os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes, dentro dos limites do benefício por eles obtido.

Instrumento típico que comprova a aplicação prática deste princípio é a chamada *desapropriação por zona ou para revenda*.

Prevista no art. 4.º do Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, comporta duas espécies: a desapropriação de área contígua à necessária para a obra, visando uma futura ampliação da mesma, e a desapropriação de área contígua à necessária para a obra porque

tal área terá um previsível aumento extraordinário em seu valor. Em ambos os casos, a lei autoriza a revenda dessas áreas.

A segunda espécie de desapropriação por zona é que se relaciona com o princípio ora em exame, e é a modalidade de desapropriação que alguns autores imputam de inconstitucional.⁴² Sustentam, basicamente, não haver, na hipótese, interesse público qualificado em termos de autorizar o uso do poder expropriatório, sendo tal via incompatível para a obtenção de recursos, dada a existência da contribuição de melhoria, ora prevista no art. 145, inc. III, da Lei Maior.

Não nos parece ser assim. Concordamos com Adilson Dallari quando afirma que a existência da contribuição de melhoria não gera a inconstitucionalidade da desapropriação por zona, tratando-se aquela de instituto afim e alternativo desta.⁴³ Se, por um lado, a contribuição de melhoria é devida após a ocorrência da valorização causada pela obra pública, na desapropriação por zona, por outro lado, o Poder Público, prevendo a valorização dos imóveis, expropria a propriedade particular para uma futura compensação dos gastos. São, ambas, instrumentos versáteis que podem ser utilizados para a absorção da mais-valia pelo Poder Público, decorrente de obra por ele realizada.⁴⁴

Na verdade, a própria contribuição de melhoria pode constituir-se em instrumento relevante na atividade urbanística, atuando não só como fonte de receita para compensar os gastos públicos com a realização de obra, mas também como forma de equilíbrio sócio-econômico e de combate à especulação.⁴⁵ Também outras categorias tributárias, tais como as contribuições para intervenção no domínio econômico, prevista no art. 149 da Constituição da República poderão ser utilizadas na atividade urbanística.

42. Cf. M. Seabra Fagundes, "Desapropriação para urbanização e reurbanização — validade da revenda", *RDA* 128/27.

43. Ob. cit., p. 93.

44. A respeito dos institutos de apropriação das mais-valias, afins à contribuição de melhoria, existentes no Direito Brasileiro, veja-se Geraldo Ataliba, *Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*, São Paulo, Ed. RT, 1964, p. 171 e ss.

45. Sobre esta questão, consulte-se Guido D'Angelo, *Urbanistica e Diritto*, Napoli, Morano, 1969, p. 47. Sobre a utilização histórica da contribuição de melhoria para fins urbanísticos, v. Edwin R. A. Seligman, *Essais sur l'impôt*, t. 2, Paris, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914, p. 176 e Ramon Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I, Montevideo, 1970, p. 365.

Com relação ao princípio da justa distribuição dos benefícios e ônus derivados da atuação urbanística, cremos dispensáveis maiores comentários, pois apóia-se, em última análise, no próprio princípio da igualdade, sendo autêntico desdobramento deste. Aliás, ao admitir-se estar obrigado em nosso ordenamento jurídico o princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação, jaz implícita a idéia da distribuição eqüitativa de benefícios e ônus.

Por derradeiro, temos os princípios mencionados por José Afonso da Silva que, fundado na lição de Carceller Fernandez, aponta os da conformação da propriedade urbana pelas normas de ordenação urbanística e o da coesão dinâmica das normas urbanísticas. O primeiro parece estar contido no princípio mais geral de que o Urbanismo é função pública e o segundo, a nosso ver, é mais uma característica do que propriamente um princípio do direito urbanístico.

Como se vê, os princípios específicos apontados pelos autores espanhóis mencionados também são acolhidos pelo nosso Direito Positivo, o que pode constituir-se num bom ponto de partida na busca de outros princípios informadores do Direito Urbanístico. Porém, esta tarefa só poderá desenvolver-se razoavelmente, como já se advertiu, a partir da edição de uma legislação orgânica e sistemática, hábil a traçar o perfil dos institutos urbanísticos de maneira clara e coerente.

De qualquer modo, estas são as breves idéias que nos acudiram sobre o tema, as quais, esperamos, provoquem as aguardadas reflexões dos mestres na matéria.

8. Conclusões

8.1 O Direito Urbanístico não é simples capítulo do Direito Administrativo, constituindo-se em ramo multidisciplinar do Direito; dentre as diversas disciplinas que lhe emprestam elementos, predomina o Direito Administrativo, por ser o ramo da Ciência Jurídica que trata das relações entre a Administração e os administrados;

8.2 Como disciplina em evolução, o Direito Urbanístico não logrou ainda alcançar autonomia científica, por carecer, em grau razoável de desenvolvimento, de princípios, conceitos e institutos próprios. Possui, entretanto, autonomia didática, em face da particular homogeneidade das normas relativas ao seu objeto, qual seja, o relacionamento entre a Administração Pública e os particulares referente à disciplina da propriedade imóvel;

8.3 A despeito de tal estágio de desenvolvimento, já se pode extrair, do Direito Positivo, alguns princípios específicos do Direito Urbanístico, a saber:

a) *Princípio da função social da propriedade* (arts. 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXVI; 170, III; 182, *caput* e § 2.º; 184, *caput*; 185, parágrafo único e 186), segundo o qual a propriedade deve ser utilizada de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena;

b) *Princípio da subsidiariedade* (art. 173), pelo qual se confere preferência aos particulares na implementação do planejamento urbanístico, desde que estes possam fazê-lo de maneira adequada e suficiente;

c) *Princípio de que o urbanismo é função pública* (implícito no Texto Constitucional — arts. 21, IX, XX, XXI; 23, IV; 25, § 3.º; 30, VIII; 43; 216, *caput* e §§ 1.º e 5.º), segundo o qual o Urbanismo é um poder-dever do Estado, na medida em que se constitui como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício se revela num dever jurídico;

d) *Princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanização* (arts. 5.º, XXIV, e 145, inc. III da Constituição da República e art. 4.º do Decreto-lei 3.365/41), pelo qual os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes dentro dos limites do benefício por eles auferido, e cuja aplicação prática é demonstrada pelos instrumentos da desapropriação por zona, quando é expropriada área contígua à necessária para a obra em face da previsão de um aumento extraordinário em seu valor e, da contribuição de melhoria.

9. Bibliografia

- Alessi, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, T. I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editores, 1966.
- Ataliba, Geraldo. *A Natureza Jurídica da Contribuição de Melhoria*, São Paulo, Ed. RT, 1964.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, 1.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1980.
- Bastos, Celso. "A função social da propriedade", *Suplemento Jurídico do DER*, 118, São Paulo, jan.-mar./85, pp. 9-14.
- Blumann, Claude. *Droit de l'urbanisme*, Paris, Dalloz, 1977.
- Cal Garcia, José Carlos. *Linhas Mestras da Constituição de 1988*, São Paulo, Saraiva, 1989.
- Carceller Fernandez, Antonio. *Instituciones de Derecho Urbanistico*, Madrid, Editorial Montecorvo, 1979.

- Carrazza, Roque Antonio. *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária*, São Paulo, Ed. RT, 1986.
- Dallari, Adilson Abreu. *Desapropriações para fins urbanísticos*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- D'Angelo, Guido. *Urbanistica e Diritto*, Napoli, Morano, 1969.
- Di Lorenzo, Italo. *Diritto Urbanistico*, Torino, UTET, 1973.
- Farjat, Gérard. *Droit Économique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971.
- García de Enterría, Eduardo e Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de Derecho Urbanistico*, Madrid, Editorial Civitas, 1981.
- Gonzalez Perez, Jesus. *Las licencias de Urbanismo*, Madrid, Publicaciones Abelia, 1978 e *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, Ed. Real Academia de Ciencias Morales e Políticas, 1983.
- Jacquignon, Louis. *Le Droit de l'Urbanisme*, 5ème édition, Paris, Éditions Eyrolles, 1975.
- Laubadère, André. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ème édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970.
- Martin Blanco, José. *Estudios de Derecho Urbanistico*, Madrid, Gráfica Exeres, 1960.
- Meirelles, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 3.ª ed. refundida, São Paulo, Ed. RT, 1977.
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, 2.ª ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- Romano, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*, trad. Maria Helena Diniz, São Paulo, ed. RT, 1977.
- Seabra Fagundes, Miguel. "Desapropriação para urbanização e reurbanização — validade da revenda", RDP 128/27, abr.-jun./77.
- Seligman, Edwin R. A. *Essais sur l'impôt*, t. 2, Paris, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914.
- Silva, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1981 e *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5.ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1989.
- Spantigati, Federico. *Manuale di Diritto Urbanistico*, Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, 1969.
- Sundfeld, Carlos Ari. "Função social da propriedade". *Temas de Direito Urbanístico-1*, São Paulo, Ed. RT, 1987.
- Testa, Virgílio. *Disciplina Urbanistica*, Settima Edizione, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- Valdés Costa, Ramon. *Curso de Derecho Tributario*, t. 1, Montevideo, 1970.
- Ysern, Enrique Rivero. *El Derecho Administrativo y las relaciones entre particulares*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1969.