

Direito urbanístico e limitações administrativas urbanísticas

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *O Direito Urbanístico e a propriedade.* 3. *O princípio da propriedade na Constituição.* 4. *A função social genérica da propriedade.* 5. *A propriedade, enquanto fator da economia, na Constituição.* 6. *A função social da propriedade urbana como fundamento de intervenção de sentido econômico.* 7. *Competência urbanística.* 8. *As limitações enquanto instrumento interventivo na propriedade e na ordem econômica.* 9. *Conclusões e conseqüências.*

1. *Introdução*

Duas premissas orientam esta exposição. A primeira enfatiza a necessidade da leitura e interpretação sistemáticas para a justa compreensão de temas multirrecorrentes no texto constitucional. A segunda, realça a distinção, tantas vezes existente, entre a definição constitucional da competência de uma entidade e a de seu conteúdo, em termos de condições e limites de seu exercício.

Um trabalho interpretativo que deprecie essas premissas pode, muita vez, conduzir a resultados inexactos, quando não disparatados.

No tema do direito urbanístico, destacadamente, o correto enquadramento constitucional e o entendimento de sua múltipla menção exigem a sistematização dos vários dispositivos em que está explícita ou implicitamente aludido, bem como de outros, de escopo mais abrangente, que atuam como referencial valorativo.

Conferência proferida em 8 de junho de 1990, por solicitação do CEPAD — Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito, no Rio de Janeiro.

Não basta assim, que se constate, em isolado, que o constituinte o incluiu, expressamente, no rol dos temas sujeitos à competência concorrente (art. 24, I), nem mesmo, em articulado, que se reitera em outros dispositivos que tratam, explicitamente, do ordenamento e do desenvolvimento urbano (art. 21, XX; art. 25, § 3.º; art. 30, VIII; e art. 182), nem, ainda, que se entrelaça com muitos outros temas afins, como os relativos a águas, energia, meio ambiente, trânsito, transporte etc. Acima desse entrançado normativo e dando-lhe sentido e coerência, é imprescindível que a interpretação desses dispositivos se faça à luz dos *princípios constitucionais* atinentes à propriedade e à atividade econômica, aos quais todas essas normas estão referidas (art. 5.º, XXII e XXIII, e art. 170, III).

As definições de competência refletem essas referências distintas, diferenciando-as segundo as finalidades e correlatos princípios que as incorporam. Seria até ilógico, que o legislador constitucional repetisse regras de competência, como é o caso das de direito urbanístico, se não existissem distintas finalidades a serem atendidas pelas entidades concorrentes.

Uma vez estremados essas finalidades e correspondentes princípios, tornar-se-ão nítidos os conteúdos jurídicos, as condições e os limites do exercício das modalidades de competência de direito urbanístico encontradas no texto constitucional.

2. O Direito Urbanístico e a propriedade

Para disciplinar os espaços habitáveis, o homem se vale das técnicas e artes do Urbanismo, um ramo especializado da Arquitetura, mas para que seus princípios e normas ganhassem cogência de direito, desenvolveu-se o Direito Urbanístico, como um ramo do Direito Público.

Rege, assim, o Direito Urbanístico, tal como vem sendo estudado e conceituado nas últimas décadas, a disposição físico-social do *espaço urbano*. Começa pela própria definição, estremando-o das áreas rurais, passa pelo zoneamento, pelo desenvolvimento da cidade, pelo parcelamento imobiliário e vai até a utilização, com ou sem edificação, da *terra urbana*.

Fulcrado sobre o imóvel urbano, seu objeto é a conciliação ótima do princípio da propriedade e todos os seus corolários no campo da autonomia da vontade, com os valores transindividuais que devem orientar o desenvolvimento e a vida das cidades em benefício geral.

São esses valores sociais que levam à definição das chamadas *funções urbanas* elementares, tal como fixadas na "Carta de Atenas": habitar, trabalhar, recrear-se e circular.

Essa compatibilização do interesse individual com o metaindividual é perfeitamente possível porquanto, como é sabido, o direito de propriedade, como de resto qualquer direito, longe de ser absoluto, tem o seu exercício limitado pelo seu princípio conexo, que é o atendimento da função social.

É do gênero “função social da propriedade” que se abtoam as espécies que interessam ao Direito Urbanístico — as quatro funções urbanas referidas: habitar, trabalhar, recrear-se e circular.

A *habitação* é a primeira e mais nobre utilização da propriedade imóvel e, por isso, prefere às demais. Em estado de necessidade público, essa função pode levar até ao sacrifício da propriedade privada. O *trabalho* se segue em importância; sua modalidade urbana, em contraste com a rural, exige equipamentos e edificações cada vez mais sofisticadas, demandando não só uma harmonização com o direito de propriedade de vizinhos como com as de mais funções urbanas, notadamente em termos de higidez ambiental. A *recreação*, nem é necessário que se o repita, é essencial à vida humana sadia e, se preciso for, o direito de propriedade deve ceder também às suas demandas. Finalmente, a *circulação* é uma função urbana instrumental, de vez que exige que as vias e logradouros, bem como os equipamentos viários, assegurem o desfrute das demais.

Se se considerar, além dessas, as inúmeras outras funções que pode desempenhar a propriedade imóvel urbana, dessoridas das competências correlacionadas à urbanística, como são as referentes ao meio ambiente, às águas, à energia, ao trânsito, ao transporte etc., ter-se-á o quadro de multiplicidade caleidoscópica, com que se apresenta o princípio da função social da propriedade e, em consequência, da complexidade jurídica dele decorrente.

3. O princípio da propriedade na Constituição

Se o princípio da propriedade é a referência essencial para a compreensão do direito urbanístico no ordenamento constitucional, é por ele que se deve começar.

A Constituição de 1988, à semelhança das anteriores, enumerou-o como uma *garantia fundamental* (art. 5.º, XXII), o que equivale a dizer que o Estado reconhece como um consectário lógico do direito ao trabalho e à livre iniciativa, valores fundamentais da nacionalidade (art. 1.º, IV), o de apropriar-se dos respectivos frutos.

Essa posição filosófica implica na aceitação da pré-existência da propriedade à própria organização política. O Estado, ao organizar-se juspoliticamente, encontra-a assentada, entre tantas outras instituições sociais vigentes.

No processo de institucionalização jurídica levado a cabo pelo Estado, muitas dessas instituições sociais são incorporadas pela sua ordem positiva, enquanto que outras são repudiadas e, ainda, uma grande parte delas fica sem referência validante ou desvalidante no direito.

Por sua fundamental importância, as instituições que dizem respeito às liberdades, tanto as referidas ao homem, individualmente considerado, quanto as atinentes ao homem em grupo, costumam ser incorporadas, explícita ou implicitamente pela Constituição (art. 5.º e seu § 2.º).

Essas observações põem em evidência o fato de que não é o Estado que cria ou concede o direito à vida, à liberdade, à honra, à privacidade, ao trabalho, à livre empresa e tantos outros direitos fundamentais, por isso, conaturais ao homem, mas, apenas, ele os reconhece e os garante.

Mas a Constituição tampouco o tem como absoluto. Desde logo, nem todo o bem será suscetível de apropriação; há os inapropriáveis, tanto por sua natureza quanto por lei. Mas é quanto ao próprio regime dominial que o relativismo se faz mais evidente, pois o exercício do direito de propriedade sujeita-se a restrições e condicionamentos de toda ordem. Legitimam-se, desde que o Estado os imponha por lei e que essa lei se justifique em razão de finalidades sociais relevantes cuja cura a Constituição deixou a seu cargo.

São essas finalidades, explícitas ou implícitas na regra de competência, mas sempre com ela xifópagas, que, no caso do direito de propriedade, se exprimem como sua *função social*.

O tema da propriedade, como se percebe, além de poder ser visto sob a óptica do direito individual, pode ser visualizado também desde a perspectiva da competência estatal, que é sua contrapartida, e através da qual ele se enriquece numa dimensão metaindividual.

4. *A função social genérica da propriedade*

Da mesma forma que o direito de propriedade não é absoluto quanto a seu exercício, tampouco o é o poder do Estado de impor-lhe restrições e condicionamentos.

Qualquer intervenção do Estado na propriedade, só se justifica constitucionalmente quando esteja sendo imposta para que ela atenda efetivamente a uma função social (art. 5.º, XXIII).

Está claro, portanto, que a afirmação *genérica* da função social da propriedade, contida no mencionado dispositivo, necessita ser explicitada pelo Estado, sempre que os interesses públicos à sua cura justifiquem sua intervenção — seja para promover um melhor atendimento, seja para coibir um exercício do direito de propriedade com ela incompatível.

Desde logo, o próprio legislador constitucional poderá optar por explicitar, especificadamente, o que se deve entender por função social ou qual a intervenção em tese cabível. Isso será, todavia, excepcional, pois normalmente essa tarefa é deixada ao legislador ordinário — ao qual cabe a definição do interesse público específico.

Assim, essa previsão genérica (do art. 5.º, XXIII) é o suporte constitucional geral de todas as leis que autorizam ou determinam a *intervenção na propriedade*, em qualquer das diversas modalidades que possa assumir.

Os pressupostos da produção dessa legislação interventiva, não obstante, serão sempre: a *competência* da entidade estatal em questão, a hipótese de *interesse público específico*, que caracterize uma função social

da propriedade, e a definição dos *institutos instrumentais* através dos quais a intervenção se dará.

Todos esses elementos — competência, interesse público e instrumentos — devem estar fundados na Constituição para que a intervenção se legitime.

5. *A propriedade, enquanto fator da economia, na Constituição*

Mas a propriedade não está considerada apenas *genericamente* no texto constitucional. Como todos os bens podem ter distintas *destinações econômicas*, esse aspecto é levado em conta de modo particular quando se trata de definir o papel do Estado na economia.

Embora as Ciências Econômicas nos proporcionem o conhecimento de variadas classificações de bens segundo sua utilidade, como as que distinguimos bens *livres* dos bens *econômicos*, os bens de *consumo* e os bens de *produção*, bens de consumo *duráveis* e bens de consumo *imediatos* etc., a Constituição não desceu a essas categorizações e preferiu apenas considerar a propriedade como um *fator econômico* (art. 170, II) reiterando, em seguida, seu correlato princípio restrito da *função social* (art. 170, III).

Em outros termos, além das modalidades de *intervenção na propriedade* fundadas na cláusula genérica de função social (art. 5.º, XXIII), a Constituição, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, abriu espaço para novas modalidades interventivas de sentido prevalentemente econômico: as *intervenções na ordem econômica*.

Essa outra categoria interventiva, além de voltar-se às *atividades econômicas*, seu principal campo de atuação, atinge os *bens econômicos* e, portanto, a *propriedade*, agora em sua expressão econômica. Em consequência, as correlatas definições de *funções sociais específicas* da propriedade, todas elas estão referidas à sua função econômica.

A Constituição dedica o Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, a essas categorias interventivas — modalidades de intervenção na ordem econômica. Nesses casos, observe-se, a intervenção na propriedade é sempre um *minus*, ou um *iter*, relativamente ao que finalisticamente se pretende, que é o remanejamento da economia pelo Estado, de modo a realizar alguma função social de conteúdo econômico.

E é no mesmo Título VII, da Constituição, que vamos encontrar o Capítulo dedicado à Política Urbana e, nele, várias e importantes regras de direito urbanístico municipal, enfatizando-se, implicitamente, essa preponderância de seu caráter econômico sobre o social, que, até 1988, predominava conceptualmente na doutrina jusurbanística.

6. *A função social da propriedade urbana como fundamento de intervenção de sentido econômico*

A função social da propriedade urbana, considerada como fator econômico, é o fundamento de várias modalidades interventivas previstas no

Título VII da Constituição. Assim, no Capítulo I, trata-se da intervenção sancionatória nos casos de abuso do poder econômico (art. 173, § 4.º), da intervenção expropriatória sobre as jazidas e demais recursos minerais (art. 176) e da intervenção monopolista sobre jazidas de hidrocarbonetos e minerais nucleares (art. 177); no Capítulo II, da intervenção ordinatória sobre a propriedade urbana (art. 182 — de que nos ocuparemos a seguir); no Capítulo III, da intervenção expropriatória e ordinatória sobre a propriedade rural (arts. 184 e 190), e, por fim, no Capítulo IV, da intervenção ordinatória sobre a propriedade de ativos financeiros (art. 192).

Situa-se, portanto, no Capítulo II, do Título VII, da Constituição, o fundamento para a intervenção econômica, explícita e exclusiva do Município, sobre a propriedade urbana, para execução de suas respectivas políticas de desenvolvimento urbano.

O Município é, portanto, a única entidade competente para orientar economicamente a destinação da propriedade urbana em sua circunscrição territorial. Esta é a coerente justificação porque a *política urbana* se deslocou do Capítulo relativo à Ordem Social para o que dispõe sobre a Ordem Econômica e Financeira: a ênfase de seu aspecto econômico, notadamente como orientador de sua função social específica.

Essa função social da propriedade urbana considera-se atendida quando se dá cumprimento a seu plano diretor (art. 182, § 2.º). Devem estar definidos, portanto, nesse instrumento, obrigatório para as cidades com mais de vinte mil habitantes, mas recomendável para qualquer uma, pela segurança jurídica que proporciona aos munícipes, todas as exigências de conteúdo interventivo que, embora atuando sobre aspectos econômicos da propriedade imobiliária, destinam-se a realizar os superiores valores da convivência urbana.

Mas, a par das exigências contedísticas, que são a observância das *diretrizes gerais* (art. 182, *caput*), fixadas em lei federal (art. 24, I, c/c art. 21, XX), estadual (art. 24, I) ou na própria lei orgânica municipal (art. 29, *caput*), o plano diretor submete-se também a requisitos formais: a admissão da cooperação das associações representativas (art. 29, XI) e a abertura da iniciativa de projetos de lei à população interessada (art. 29, XI).

O Município é, em suma, o ente federado que preside à economia urbanística, definindo a utilização, sancionando a sub-utilização e a não-utilização, embora nessa atuação, deva obedecer a sistemática definida em lei federal, de caráter nacional, para que seja homogênea em todo o País (art. 182, § 4.º).

7. Competência urbanística

Como se depreende, enquanto o direito urbanístico de competência *concorrente* da União e dos Estados (art. 24, I) volta-se à realização da função social genérica da propriedade imóvel urbana, mediante institutos de intervenção na propriedade, tendo em vista uma extensa gama de fina-

lidades tipicamente urbanísticas ou correlatas, o direito urbanístico de competência *exclusiva* dos Municípios (art. 30, II e VIII) destina-se à realização de funções sociais específicas da propriedade imóvel urbana, estreitamente relacionadas à sua expressão econômica, mediante institutos de intervenção na propriedade que a atingem enquanto fator econômico, tendo em vista as finalidades do plano diretor (art. 182, § 2.º).

A competência urbanística da União se vincula à função social genérica da propriedade imóvel urbana (art. 5.º, XXIII) e se perfaz:

- pela legislação a nível de normas gerais de direito urbanístico (art. 24, I);
- pela instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX).

A competência urbanística do Estado se vincula também à função social genérica da propriedade imóvel urbana (art. 5.º, XXIII) e se perfaz:

- pela legislação a nível de normas específicas de direito urbanístico (art. 24, I).

A competência urbanística do Município se vincula à função social específica da propriedade urbana (art. 189, § 2.º) e se perfaz:

- pela suplementação, no que couber, da legislação de direito urbanístico federal e estadual (art. 30, II);
- pela elaboração do plano diretor, de modo a promover, no que couber, o adequado ordenamento territorial, mediante *planejamento e controle do uso, do parcelamento e de ocupação do solo urbano* (art. 182, § 1.º, c/c o art. 30, VIII).

Em suma: o exercício da competência da União e dos Estados, em matéria de direito urbanístico, embora não esteja condicionada senão aos *princípios e normas da Constituição, limita-se* pela esfera de competência reservada aos Municípios, uma vez que sua política urbana local não terá que observar mais que *diretrizes gerais* (art. 182, *caput*).

São, ao revés, cinco exigências, ao arrepio das quais a legislação urbanística municipal será inconstitucional:

- a) observância das diretrizes federais para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX);
- b) observância das normas gerais federais de direito urbanístico (art. 24, I);
- c) observância das normas gerais estaduais de direito urbanístico, se não existir lei federal sobre normas gerais (art. 24, I, c/c § 3.º);
- d) observância das normas específicas estaduais de direito urbanístico (art. 24, I);
- e) observância do plano diretor, onde for obrigatório (art. 182, § 1.º).

A respeito da observância do plano diretor como exigência constitucional, há pouco tempo e, ao que parece, pioneiramente, o Professor TOSHIO MUKAI teve oportunidade de disreterar sobre a natureza da sanção imponível ao Município que viesse a produzir legislação *sem* um plano diretor ou *contra* seus dispositivos, concluindo, na mesma linha do que aqui se expõe, pela nulidade, por inconstitucionalidade, de todas as normas assim baixadas, pois não representariam a concretização das exigências fundamentais que devem ser expressas naquele instrumento fundamental da política urbana.

Sem plano diretor, onde seja obrigatório, não há política urbana constitucionalmente válida (art. 182) e, sem ela, nenhuma lei urbanística municipal será legítima, por lhe faltar, por sua vez, a fonte de validade.

8. *As limitações enquanto instrumento interventivo na propriedade e na ordem econômica*

A *limitação*, como se sabe, é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para realizar suas funções administrativas (poder de polícia, serviços públicos, ordenamento econômico, ordenamento social e fomento público). Embora possa atuar diretamente sobre a *atividade* dos administrados, é sobre o *direito de propriedade* que encontra sua maior serviência ao direito urbanístico, juntamente com os demais instrumentos: ocupação temporária, requisição, servidão administrativa, tombamento e desapropriação (modalidades ordinatórias) e a multa, a interdição e o confisco (modalidades sancionatórias).

Esse rol se expandiu, com a Constituição de 1988, pelo acréscimo de mais duas modalidades sancionatórias, cujos exatos contornos jurídicos pendem de definição por lei federal, para que os Municípios a empreguem homogeneamente em todo o território nacional (art. 182, § 4.º): o *parcelamento e a edificação compulsórios* (art. 182, I). A modalidade expropriatória sancionatória, esclareça-se de passagem, prevista também no mesmo dispositivo (art. 182, § 4.º, III), não chega a ser um instituto novo, mas uma variedade a mais da desapropriação por interesse social.

A admissão da compulsoriedade do parcelamento e da edificação, como se pode depreender, introduz profunda alteração a nível constitucional, sobre a natureza jurídica do direito de parcelar e de construir. Esses direitos, tratando-se de imóvel urbano, não derivam mais exclusivamente do direito de propriedade mas, também, do plano diretor.

Será esse instrumento municipal da política urbana que não só *permitirá* o parcelamento e a construção como o *determinará*, quando for o caso.

Observe-se que o parcelamento e a edificação, se são *compulsórios*, não podem ser conciliados com os conceitos privatistas do direito de parcelar e de construir (*nemo praecise potest cogi ad factum*), passando assim,

ambos os institutos, a ser conceitos publicistas a partir da Constituição de 1988, pondo fim a antiga controvérsia doutrinária a respeito.

A liberdade, no caso do proprietário de um imóvel urbano, não está mais em parcelá-lo ou construí-lo a seu alvedrio, mas em ser ou não proprietário. Por ser urbano, o imóvel se sujeita à política urbana de cada cidade. Tudo ocorre do mesmo modo que no caso da propriedade de uma patente declarada de interesse público: seu dono pode optar entre mantê-la ou não em seu patrimônio, não mais entre utilizá-la ou não. Em suma: imóvel urbano não é mercadoria, que se estoca e se especula, mas um bem individual de expressão social, com seus contornos econômicos sujeitos a definições restritivas de interesse público específico local.

Outro tema palpitante referido à utilização de limitações é o que decorre da partilha federativa do direito urbanístico, a que já nos referimos.

A União, como só pode legislar a nível de *normas gerais* (art. 24, I, e seu § 1.º) e fixar *diretrizes* para o desenvolvimento urbano (art. 21, XX), está impedida de instituir limitações urbanísticas, pois para isso necessitaria de poderes legislativos capazes de serem exercidos a nível de *normas específicas*.

O que pode, entretanto, a União, é instituir limitações de natureza correlata que influam no ambiente urbano, no uso de suas competências privativas, como, por exemplo, para legislar sobre águas e energia (art. 22, IV), regime dos portos (art. 22, X), trânsito e transporte (art. 22, XI).

Quanto aos Estados, embora possam legislar a nível de normas específicas sobre direito urbanístico (art. 24, I, e seu § 1.º), terão que ter o cuidado de editar normas *uniformemente aplicáveis* a todos os Municípios, pois, se não o fizerem, estarão invadindo o âmbito de competência municipal para legislar sobre o interesse local (art. 30, I). Nenhuma norma urbanística estadual pode ter alcance menor que a *totalidade* dos Municípios do Estado.

Por último, de qualquer forma, as limitações devem ser *abstratas e gerais*, pois do contrário seriam imposições concretas do legislador, para as quais não tem competência, por se tratar de reserva administrativa do Poder Executivo (art. 84, II). Tampouco podem incidir sobre todo o exercício possível do direito de propriedade, pois, neste caso, seriam expropriações irregulares, sem a observância do devido processo da lei (art. 5.º, LIV; no caso, o processo do art. 5.º, XXIV). Como se vê, a inobservância dessas exigências, consubstanciais às limitações, leva inapelavelmente à inconstitucionalidade.

9. *Conclusões e conseqüências*

Do exposto, várias conclusões e conseqüências jurídicas podem ser destacadas, para um melhor entendimento do sistema de direito urbanístico instituído pela Constituição de 1988 e como guia para os operadores do Direito.

1.º O fundamento de competência legislativa da União e dos Estados, em matéria de direito urbanístico, está no poder genérico de definir a função social da propriedade (art. 5.º, XXIII).

2.º O fundamento da competência legislativa dos Municípios, em matéria de direito urbanístico, está no poder específico de definir a função social da propriedade urbana em termos econômicos (art. 182, §§ 1.º e 2.º).

3.º A União só pode legislar sobre normas gerais de direito urbanístico, o que exclui a instituição de limitações urbanísticas (art. 24, § 1.º).

4.º A União pode legislar sobre outras limitações, no campo de sua competência legislativa privativa, que, não obstante, poderão incidir sobre a propriedade urbana, mas vinculadas a finalidades distintas das urbanísticas (art. 22, IV, V, X, XI, XII e XXVI).

5.º O Estado pode legislar sobre direito urbanístico e instituir limitações urbanísticas, mas deverá fazê-lo em caráter rigorosamente geral, aplicável à totalidade das suas cidades, do contrário estará invadindo a competência municipal para ordená-las através de seu plano diretor peculiar (art. 182, §§ 1.º e 2.º).

6.º A obrigatoriedade do plano diretor para as cidades de mais de 20.000 habitantes tem sua sanção na nulidade e inconstitucionalidade de todas as normas urbanísticas municipais que vierem a ser baixadas sem ter nele sua fundamentação, seja por falta do plano diretor, seja por sua violação (art. 182, § 2.º).

7.º A aplicação das normas federais e estaduais de direito urbanístico não depende da existência de plano diretor, por terem distinto fundamento constitucional (art. 24, I).

8.º As diretrizes gerais exigidas para balizar a política de desenvolvimento urbano e, assim, condicionar o plano diretor, podem ser tanto as federais (art. 21, XX), como as estaduais (art. 24, I), como, ainda, as próprias diretrizes urbanísticas da lei orgânica municipal (art. 29).

9.º Em razão do sentido econômico do plano diretor, a cooperação das associações representativas dos Municípios é requisito constitucional de sua validade (art. 182, § 1.º, c/c art. 39, X). Não é necessário que a cooperação tenha ocorrido, mas, sim, que tenha sido aberta a possibilidade jurídica para que ela pudesse ter ocorrido.

10) Também em razão de seu sentido econômico, o plano diretor poderá ser alterado pela iniciativa popular de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado municipal, sendo inconstitucional qualquer dispositivo que inviabilize ou dificulte essa faculdade política dos municípios (art. 29, XI).

De positivo, pode-se afirmar, em conclusão, que no tema do direito urbanístico, a Constituição de 1988 foi mais que inovadora — foi corajosa; de negativo, embora, há que se reconhecer que seu sistema de entrelaçamento de competências poderia ter sido muito mais simples e racional do que esse, que pretendemos ter destrinchado em parte neste trabalho.