

1334
452.153
453.5

NATUREZA JURÍDICA DO ZONEAMENTO — EFEITOS

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO*

1. *Introdução.* 2. *Conceito de zoneamento.* 3. *Natureza jurídica das normas de zoneamento.* 4. *Zoneamento e direito de propriedade.* 5. *Instrumentos das normas de zoneamento.* 6. *Problemas jurídicos propostos pelo zoneamento.*

1. *Introdução*

1. O adensamento dos núcleos populacionais e a complexidade da vida urbana decorrente do progresso tecnológico propuseram, de forma inadiável, o problema de organizar racionalmente o uso do espaço onde se assentam as cidades.

Deixando de lado as possibilidades de utilizar intensamente esta organização do espaço como fator global de progresso, o certo é que, na atualidade, ela é indispensável para ensejar condições de vida pelo menos razoáveis nos centros urbanos e para impedir a deterioração das qualidades ambientais ainda presentes.

Daí a necessidade de repartir a área urbana (e as previstas como urbanizáveis) em zonas delimitadas e categorizadas em vista de suas utilizações, obstando dessarte usos incompatíveis com as destinações reconhecidas para cada qual. Esta imposição da realidade ecoou no direito, mediante o instituto jurídico do zoneamento.

2. *Conceito de zoneamento*

2. Denomina-se zoneamento à disciplina condicionadora do uso da propriedade imobiliária mediante delimitação de áreas categorizadas em vista das utilizações urbanas nelas admitidas.

* Professor titular na Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo.

De conseguinte, por tal meio, mapeado o espaço municipal, fixam-se as destinações de uso possíveis nas várias zonas em que se reparte a urbe e sua esfera de expansão, com o fito de assegurar condições e qualidades ambientais de vida satisfatórias.

3. Contudo, a simples divisão do espaço e correlata ubicação das tipologias de uso, para cumprir as finalidades que as determinam, exigem precisões maiores. Realmente, a própria variedade de usos concebíveis (residencial, comercial, institucional, industrial e misto) só ganha configuração funcional, perante os objetivos do zoneamento, em vista de outros fatores que servem para precisar-lhes especificadamente a fisionomia. Assim, por exemplo, a taxa de ocupação do lote, a relação entre a área do terreno e área suscetível de ser nela construída, irão normalmente influir sobre a índole do uso residencial ou da específica destinação comercial que poderá ter.

Em suma: a mera *natureza do uso admitido* é um dado ainda insuficiente para a definição exata das funções cabíveis em cada zona ao lume da própria razão de ser do zoneamento.

4. Por tudo isto, no zoneamento são contemplados entrelaçadamente as naturezas de uso, os coeficientes de edificação, as taxas de ocupação, os recuos exigidos das construções, sejam fronteiros, laterais ou de fundos, as dimensões de lote, o alinhamento, vale dizer: o afastamento da edificação em relação à via pública e outros fatores que concorrem para dar completa e real identidade ou sentido à partição da cidade em zonas.

3. *Natureza jurídica das normas de zoneamento*

5. O plexo de normas concernentes a estas várias questões, ou seja, o conjunto de preceitos que as regula, suscita uma série de problemas jurídicos. A solução deles há de ser dada, como é natural, frente aos distintos direitos positivos, mas entronca-se em uma questão básica, qual seja: a natureza das restrições assim estabelecidas e sua compatibilização com o direito de propriedade.

Deveras, é por todos os títulos evidente que a disciplina em causa implica forte condicionamento ao uso da propriedade. Demais disso, cumpre ressaltar que se é óbvia sua interferência com a propriedade, não menos certo é que, por via dela, também se fricciona a liberdade. Isto pela circunstância curial de ser a primeira uma possível expressão da segunda, e pela razão menos saliente de que ditas normas restringem a liberdade de eleger, ao próprio alvedrio, onde se quer residir, onde se quer exprimir a liberdade de comércio, de prestar serviços, de fazer indústria, etc.

6. Donde, em rigor, o tema cogitado radica-se na intimidade do panorama amplo das limitações administrativas à esfera de ação individual. Estas, no estado de direito, para serem legítimas, têm de assujeitar-se a coordenadas bastante precisas. O assunto em pauta insere-se na temática do chamado poder de polícia, noção que, ao nosso ver, inobstante o repúdio que lhe fazem autores do porte de Agustin Gordillo,¹ uma vez devidamente precisada, nem abarca conteúdo excessivamente fluido, e por isso carente de funcionalidade, nem absorve ressaibos de autoritarismo do Estado Polícia. Trata-se, apenas, de configurá-la em termos ajustados ao estado de direito.

7. Entendemos por poder de polícia o conjunto de intervenções estatais, caracterizado pela imposição de deveres de abstenção, que delimita o exercício da liberdade e da propriedade a fim de condicioná-las ao bem-estar social. Tomada a expressão em sua amplitude máxima, abrange tanto medidas legislativas quanto as providências da administração a elas complementares.

É de se notar que o direito norte-americano, conforme acentua Caio Tácito,² vale-se da terminologia *police power* prevalentemente para referir as normas legais que têm por objeto o conteúdo indicado. Estamos em que, para referir o conjunto de regras e atos administrativos, ou seja, atos produzidos pela administração — uns e outros necessariamente superditados em lei — é preferível usar a designação *polícia administrativa*, suprimindo-se a anteposição da palavra *poder*, consoante oportuna recomendação de Adílson Dallari.³

8. Cumpre acentuar que no estado de direito quaisquer condutas da administração e assim, também, inclusivamente as expressivas de polícia administrativa, assujeitam-se ao princípio da legalidade. Graças a ele devem manter com a lei uma relação tanto de não contrariedade como de conformidade. Por conseguinte devem, sobre não infringir lei alguma, estar subsumidas em lei que as preveja, impondo-as ou autorizando-as, conforme o correto magistério de Renato Alessi.⁴ De resto, a posição da Administração em face da lei foi magistralmente sintetizada pelo mestre luso Afonso Rodri-

¹ Gordillo, Agustin. *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. p. 9 e segs.

² Tácito, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo, Saraiva, p. 138.

³ Abreu Dallari, Adílson. *Desapropriação para fins urbanísticos*. São Paulo, Saraiva, 1981. p. 63. No mesmo sentido José Roberto Dromi, o qual, entretanto, acompanhando a tradição da doutrina argentina, restringe o objeto da polícia administrativa, propriamente dita, à segurança, salubridade e moralidade (*Derecho administrativo económico*. Buenos Aires, Astréa, 1979. t. 2, p. 307, § 263).

⁴ Alessi, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. rev. amp. Milano, Giuffrè, 1960. p. 9.

gues Queiró nos seguintes lapidares termos: “a atividade administrativa é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.”⁵

9. Finalmente, impende acentuar que, em nosso modo de ver, o característico das limitações à liberdade e a propriedade, que perfazem o *poder de polícia*, é a imposição de deveres de abstenção, traço sublinhado com muito acerto por Santi Romano.⁶

A essência, pois, da *polícia*, quer expressada em normas legais, quer exprimida nos atos administrativos que as complementam — e assim, portanto, a essência das disposições que compõem o zoneamento — reside na esta-tuição de um *non facere*.

10. Por meio delas o Estado não exige que se lhe preste alguma coisa. Não reclama que se lhe dê coisa alguma, mas tão-somente inibe atuações positivas dos administrados. Veda-lhes dadas condutas, mas não as impõe. Coarcta a livre atuação dos sujeitos sem sacar-lhes algum procedimento em seu favor. E, nesse sentido, as limitações em geral, nelas se incluindo, então, as limitações administrativas à propriedade, correspondem ao exercício de um poder *negativo*, isto é, que nega, que veda, que proíbe.

Segundo entendemos, não é por via deste instituto que o Estado pode reclamar em seu favor prestações positivas dos administrados. A exigência de prestações afeta muito mais profundamente a liberdade e há de ser tratada com cautelas e restrições bem maiores, tais como as encontradas no instituto da *requisição*, meio jurídico que, por excelência, cogita dos deveres administrativos de prestar algo em favor do Estado.

11. Assim, ubicamos o instituto do zoneamento dentro do gênero *limitações administrativas*, ou seja, no campo que entendemos coincidente com a noção de *poder de polícia*. Já as providências administrativas necessárias a tornar efetivo o disposto na lei de zoneamento incluem-se na esfera da *polícia administrativa*.

12. Fixados estes pontos, cumpre deter-nos sobre a compatibilização destas normas limitadoras e, pois, do zoneamento, com o direito de propriedade. As conclusões que a respeito vierem a ser firmadas servirão, de seu turno, como premissas teóricas para o exame de alguns problemas concretos suscitados pelo zoneamento, a serem examinados mais adiante.

⁵ Rodrigues Queiró, Afonso. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*. Coimbra, 1940. p. 19.

⁶ Santi Romano. *Principii di diritto amministrativo*. p. 193.

4. Zoneamento e direito de propriedade

13. O direito de propriedade, nos países que o reconhecem, descende diretamente das instituições constitucionais e com frequência nestas está consagrado de modo expresso e específico. A Carta Constitucional do Brasil, por exemplo, ao arrolar direitos e garantias individuais, estatui no art. 153, § 22, que é garantido o direito de propriedade, salvo desapropriação por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, mediante indenização justa.

14. Cumpre frisar que a noção de propriedade só assume contornos jurídicos, isto é, só se categoriza como *direito* de propriedade, com o delimitamento dos poderes atinentes ao proprietário e correlatas limitações. É dizer: o direito de propriedade é o resultâdo do regime constitucional e legal da propriedade.

Nisto nada há de peculiar, posto que a noção de *direito* postula a idéia de limitações, de contenções. O direito de propriedade, então, é a expressão jurídica da propriedade, o que equivale a dizer que é a propriedade tal como configurada em um dado sistema normativo. Daí a procedente observação de Alessi, segundo quem, em rigor lógico, não existem limitações ao *direito de propriedade*. Estas simplesmente compõem o perfil, o desenho normativo dele, ou, com as palavras do autor citado, correspondem “apenas a uma definição do mesmo, uma aposição de seus necessários confins”.⁷

Segue-se que a expedição de tais normas corresponde ao normalíssimo procedimento conatural à função que ao Estado assiste e conatural à própria idéia de direito.

Uma vez que o zoneamento corresponde a limitações administrativas e sendo elas o próprio delineamento do direito de propriedade resulta que, ao expedilas ou modificá-las, o Estado não ofende a esfera jurídica de ninguém, mas apenas a configura, tal como aceita em dado sistema normativo.

15. Desta premissa fundamental decorrem alguns princípios básicos.

O *primeiro princípio* é o de que só compõem o zoneamento, possuindo tipologia de limitações, os dispositivos que tenham *caráter geral* abrangendo uma categoria de bens, ainda que qualificados por sua ubicação espacial, contanto que tal ubicação não seja singularizadora. De fato, o perfil de um direito, a esfera juridicamente protegida dos indivíduos, não pode ser definida casuisticamente, mas há de ser disposta para a comunidade de pessoas que se encontram em igual situação. Daí que o zoneamento terá de traduzir-se em disposições tipificadas por este caráter.

Então, não é limitação administrativa, não expressa regra de zoneamento e nem se caracteriza como desenho tipológico de um direito, a providência

⁷ Alessi, Renato. op. cit. p. 533.

concreta e específica adotada pelo Estado em relação a alguma propriedade singularmente considerada. Se o poder público a atinge especificamente, estará interferindo no próprio direito. Haverá invadido a esfera jurídica delimitada e vigente, com atribuir a um dado bem tratamento diverso do regime geral de propriedade, aplicável aos imóveis submissos à disciplina comum.

Se isto ocorrer, estar-se-á, no caso, perante outro instituto: o do *sacrifício de direito*. Nesta hipótese, ocorrerá agravo a ele e não simples formulação de seu âmbito de expressão legítima. A desapropriação e a servidão bem revelam esta figura.

16. Um *segundo princípio* a ser mencionado é o de que, se a Constituição garante a propriedade ou o direito de propriedade, as disposições inferiores que o regulem, como o zoneamento, *não são ilimitadas*, pois não podem atentar contra o que há de essencial no direito de propriedade.

Deveras, descabe mediante zoneamento, a título de compor a fisionomia normativa do direito de propriedade, desfigurar o que haja de inerente à sua existência. Então, embora às normas infraconstitucionais caiba delinear o direito em apreço, não lhes é dado pretender fazê-lo em termos tais que lhe suprimam atributos indispensáveis.

Com efeito, é forçoso reconhecer que as palavras usadas na Constituição — como em qualquer disposição normativa — por mais vagas, fluidas ou imprecisas que sejam, têm um conteúdo, uma significação mínima, determinável no tempo e no espaço. Se não o tivessem, seriam meras inconseqüências, faltando-lhes a qualidade de signos e, pois, de palavras. Ao serem pronunciadas, corresponderiam simplesmente a ruídos inexpressivos, sons ociosos ou de alcance incognoscível.

17. Segue-se que a proteção constitucional à propriedade implica uma barreira para os órgãos infraconstitucionais. Mesmo sem negar, de modo algum, a historicidade dos conceitos jurídicos, graças ao que seu âmbito de abrangência pode alargar-se ou restringir-se, o certo é que o sentido mínimo atribuível à expressão propriedade está ligado às idéias de uso, gozo e disposição da coisa.

Estes três atributos podem, sem dúvida, sofrer condicionantes e até mesmo muito fortes. Aliás, em nome do interesse social e da função social da propriedade, consagrada implicitamente em algumas constituições ou explicitamente, como na Carta Constitucional do Brasil (art. 160, III), estas compressões vão-se tornando e têm que se tornar cada vez mais intensas e pronunciadas. São fruto das contingências da vida moderna e em particular dos fatores, já aludidos, atinentes ao convívio urbano.

Sem embargo, se a disciplina deles incrementar-se ao ponto de sacrificar o uso, o gozo ou a disposição do bem, reduzindo-o a uma esfera inexpressiva

ou nula, ter-se-á de concluir que foi golpeado o próprio direito, a pretexto de regulá-lo. É que sem as expressões dele não há o direito em si mesmo.

Em suma, a título de zoneamento não se pode anular ou paralisar as manifestações do direito de propriedade.

18. Aqui é necessário um esclarecimento para atribuir conteúdo mais denso e explícito ao que se vem de dizer. Cumpre precatar-se contra o risco de supor que o conteúdo da propriedade confunde-se com a significação patrimonial ou econômica dela. Ambas as coisas podem estar, como geralmente estão, bastante interligadas. Nem por isso se confundem.

O que às normas de zoneamento é interdito ferir, dado seu caráter de limitações administrativas, é o conteúdo nuclear do direito. Não se disse nem se dirá que lhes seja vedado acarretar consequências economicamente gravosas aos proprietários. Nem se disse que tal sucesso obrigue a indenizar prejuízos dessarte provocados. O dever de indenizar só surgirá se, concomitantemente, for atingida a essência do direito. E existirá *por causa* de havê-lo atingido.

19. O uso e gozo do bem são noções cuja *substância* está indissolavelmente ligada à idéia de *funcionalidade*. Logo, o que não se lhes pode retirar é a funcionalidade. Entende-se por funcionalidade a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido. É isto que o direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade.

Logo, as limitações administrativas de zoneamento não lhe podem subtrair este caráter. É-lhes proibido fazê-lo, não porque com isto lhe estejam reduzindo a expressão econômica, mas pela circunstância de amesquinharem ou anularem o que o direito defere a alguém.

Segue-se do exposto que se o Estado vedar edificação em imóvel sediado no interior de um núcleo urbano haverá elidido *seu uso funcional*, ainda que permita, no mesmo imóvel, utilização agrícola. Com efeito, o uso funcional é aquele compassado tanto com suas aptidões naturais, como com suas destinações comuns ou preponderantes. Não vêm ao caso usos não plausíveis ou secundários. Por esta razão não aceitamos que o direito de construir no meio urbano possa ser definido pelo Estado, sem ofensa à proteção constitucional da propriedade, *como direito dela distinto*.

Assim, também, não seria tolerável que o poder público proibisse atividade pastoril em imóvel rural imprestável para atividade agrícola satisfatória, *sub color* de que não elidiu usos alternativos.

20. Poder-se-ia supor que o agravo ao direito da propriedade nas hipóteses figuradas é censurado por implicar agravo econômico, em cujo aspecto residiria a essência da proteção jurídica. Tal suposição, entretanto, seria inexacta.

21. Desde logo, se procedesse a tese profligada, não se teria como explicar por que a desapropriação, inobstante processada com justa indenização, isto é mantendo intata a expressão patrimonial do sujeito passivo, é considerada um *sacrifício de direito* ao invés de simples delimitação de sua esfera. Isto é suficiente para ressaltar o claro discrimen entre o direito de propriedade em si e a expressão patrimonial dele. Mas serve, ainda, para desvelar duas outras realidades: a primeira é de que só há correlação incindível entre o direito e seu significado econômico quando a ordem jurídica legitima o Estado o amesquinhar ou aniquilar o direito, compensando o lesado mediante indenização; a segunda é a de que só cabe indenização quando o atingido é o direito e não apenas seu alcance patrimonial.

22. Por isso, freqüentemente as limitações administrativas estabelecidas no zoneamento acarretam alterações patrimoniais detrimntosas para os proprietários, mas, por serem verdadeiramente limitações e deixarem incólumes o direito, não ensejam indenização, nem são juridicamente objetáveis.

Basta pensar-se em zoneamento que altere a destinação anterior de uma área, passando-a de residencial para comercial ou vice-versa. A mudança em causa pode significar desvalorização dos lotes não edificados ou já edificados. Idem, quando se alteram, para menos, os coeficientes de edificação admitidos. Nem por isso o direito de propriedade é atingido. Conservado seu uso, gozo e disposição funcionais ou plausíveis, não há ofensa a direito, mas, tão-só, delinea-mento de seu âmbito, motivo por que descabe qualquer indenização, embora seja produzido efeito econômico desvalorizador.

23. Estas considerações, do mesmo passo em que demonstram que o protegido constitucionalmente é a *funcionalidade* de uso, gozo e disposição do bem — conteúdo essencial da propriedade — e não sua mera significação econômica, apontam para um *terceiro princípio*, implicado e expressado no que se acaba de anotar. É dizer: as medidas de zoneamento, por serem limitações administrativas, em se mantendo assim, apenas configuram o direito, definindo-lhe o âmbito de expressão válida. Por isso *não são indenizáveis*, já que não o ofendem. Pelo contrário: compõem seus contornos.

Diverso caso ocorre nos sacrifícios de direito. Nestes, permanecendo vigentes as regras conformadoras do direito de propriedade, o Estado investe contra a situação jurídica protegida e comprime ou aniquila o direito; bem por isso é obrigado a indenizar.

24. Assim também, à igual conclusão ter-se-á que chegar quando o impacto de regras legítimas de zoneamento sobre alguma ou algumas situações concretas implicam, em casos particulares, inibições que songuem funcionalidade ao uso, gozo e disposição do bem. Em tal caso, conquanto constitucionais em sua generalidade, e por isso inobjetáveis quanto à validade, haverão

gerado *sacrifícios de direito*, por implicarem expropriação do uso funcional do bem. Aí, então, emergirá, para o lesado, direito a ser indenizado.

25. O *quarto e fundamentalíssimo princípio* é o de que as limitações administrativas e, portanto, o zoneamento, *só podem derivar de lei*. E lei formal. Esta assertiva é inquestionável, pelo menos nos ordenamentos em que o princípio da legalidade foi acolhido em toda sua extensão, como sucede no caso do texto constitucional brasileiro.

Realmente, quem pode definir direitos dos indivíduos é a lei e não o ato administrativo. Toda a atividade administrativa é infralegal, subordinada, e ademais dependente de lei. Uma vez que o zoneamento traz consigo uma delimitação do direito de propriedade, ou dito com maior rigor, uma vez que o zoneamento delinea o próprio direito, entregar este poder à administração corresponderia a subverter as razões que inspiram o estado de direito e que geraram o princípio da legalidade. A matéria em pauta é eminentemente matéria de lei.

A administração não poderia intercalar-se entre uma garantia constitucional e o indivíduo para gizar o âmbito de expressão desta garantia.

26. Com esta assertiva não se quer, entretanto, excluir a hipótese de que a lei defira à administração a possibilidade de incluir, por ato seu, as áreas tais e quais sob o regime tal ou qual. Mas cumpre que em lei se estabeleçam as distintas possibilidades de utilização da propriedade, as condições regedoras nas diversas situações e os pressupostos objetivos autorizadores das inclusões. Isto é, pode assistir à administração o reconhecimento *in concreto* da ocorrência dos *pressupostos fáticos objetivamente estabelecidos em abstrato* como exigentes da inclusão de uma dada área sob o regime previsto.

Fixados os princípios básicos em matéria de zoneamento, cumpre mencionar, ainda que de modo breve, os instrumentos de que se vale a regulação zoneadora.

5. Instrumentos das normas de zoneamento

27. Os principais meios de que se vale a disciplina zoneadora são os seguintes:

- a) delimitação das áreas e categorização dos tipos de uso;
- b) fixação de dimensões mínimas dos lotes;
- c) fixação dos coeficientes de edificação admitidos em cada área;
- d) fixação das taxas de ocupação das distintas áreas de uso;
- e) fixação de recuos fronteiros, laterais e de fundos.

28. Pela *delimitação de áreas divide-se* o espaço urbano em zonas, *categorizadas a partir do tipo de uso* nelas admitido. Fundamentalmente, os usos

soem classificar-se em uso residencial, uso comercial, uso institucional, uso industrial e uso misto. A partir destas tipologias formulam-se combinações e contemperamentos.

Assim, pode haver zonas exclusivamente residenciais e zonas residenciais em que se admita comércio local de pequeno porte; zonas comerciais, em que se admita uso residencial do comerciante; zonas mistas de comércio e residências; zonas mistas de comércio e indústria; zonas mistas de residência, comércio e indústrias de pequeno porte e assim por diante.

Obviamente a variedade de combinações possíveis relaciona-se com as condições locais.

No município de São Paulo, por exemplo, há 18 zonas de uso e seis chamadas *corredores*. Estes, de regra, nada mais são que faixas estreitas intercaladas entre zonas de uso de características bastante diversas, servindo como graduação na passagem de uma tipologia para outra.

Outrossim, a zona estritamente industrial, suposta na legislação de zoneamento do município de São Paulo, só tem existência teórica, pois, em termos reais, o que existe são zonas predominantemente industriais. Estas abrangem 5,5% da área urbana. As zonas estritamente residenciais da cidade absorvem 4,38% da área urbana. Já as zonas de uso predominantemente residencial, de densidade demográfica baixa, e que comportam alguns usos comerciais, industriais de pequeno porte e institucionais, correspondem a 65,38% da área urbana.

29. É bem de ver que as tipologias de uso só assumem feição especificada em vista de outros fatores, como o coeficiente de edificação e taxa de ocupação, os quais são responsáveis pela possibilidade de adensamento demográfico ou pela espécie de comércio ou indústria suscetíveis de se implantarem no local.

Por isso se disse, inicialmente, que o zoneamento não pode ser concebido apenas em função da delimitação de áreas, vez que a variedade de usos a partir de uma categorização básica é determinada por um conjunto de fatores. É o que melhor se esclarece ao mencionar os itens subseqüentes.

30. O estabelecimento de *dimensões mínimas para os lotes* visa, sobretudo, impedir que uma especulação imobiliária desabusada venha a gerar condições de habitabilidade extremamente desfavoráveis. Mas serve também para incentivar o surgimento de lotes de grande extensão, quando o mínimo é fixado em nível muito alto, tendo em vista preservar, em certas áreas, condições ecológicas satisfatórias.

É fácil perceber-se a importância da definição das dimensões mínimas do lote, pois os coeficientes de edificação e as taxas de ocupação, calculados sobre ele, é que irão determinar as características da cidade.

No município de São Paulo, a menor área de lote, admitida no espaço urbano, ocorre em algumas zonas estritamente residenciais e é de 100 m², com o

mínimo de 5 m de frente. Já em outra zona estritamente residencial, localizada na faixa de preservação de recursos hídricos, exige-se área mínima de 5 000 m² para o lote.

31. *Coefficiente de edificação* ou *coeficiente de aproveitamento* é a relação entre a área edificada total e a área do terreno. O estabelecimento de um coeficiente máximo admitido é fator de fundamental relevo para propiciar ou inibir o adensamento demográfico, com a verticalização ou horizontalização, em dada zona.

Evidentemente, quando o coeficiente de aproveitamento é alto, incentiva-se a construção de prédios de apartamento e se favorece, nas zonas de utilização mista, o surgimento de comércio de grande porte. Quando, reversamente, o coeficiente é baixo, inibem-se tais construções, propiciando-se apenas residências unifamiliares horizontais, comércio local e serviços de pequeno porte.

No município de São Paulo, o menor coeficiente de edificação é de 0,12%, em áreas estritamente residenciais nas quais a dimensão mínima do lote é de 5 000 m². Foi estabelecida com o intuito de estimular *chácaras urbanas*, em glebas não urbanizadas, lindeiras à zona rural e que se encontram sediadas dentro da faixa de proteção aos mananciais, pretendendo-se, com isto, protegê-los e conservar, ao máximo possível, as condições naturais de topografia e vegetação.

O maior coeficiente de aproveitamento é de quatro vezes a área do lote, o que é permitido na zona metropolitana central e em certos subcentros, ou centros de bairro. De regra, este coeficiente máximo só é permitido com a redução da taxa de ocupação do lote.

32. *Taxa de ocupação* é a relação entre a área de construção, em sua projeção horizontal, e a área do lote. As baixas taxas de ocupação favorecem a preservação de espaço aberto, concorrem para evitar o adensamento e propiciam que na cidade se mantenham espaços verdes por obra dos próprios proprietários.

A maior taxa de ocupação permitida na área urbana do município de São Paulo é de 80% da área do lote e vigora nas zonas de uso misto, localizadas no centro metropolitano e em centros de bairro. A taxa de ocupação mais exigente é a que inadmite ocupação superior a 12%, isto é, 0,12 da área do lote, e está prevista para certas zonas residenciais caracterizadas por lotes de grande extensão.

33. Os *recuos* fronteiros, laterais e de fundos são afastamentos em relação às divisas do lote, vale dizer, em relação ao alinhamento da via pública, que compõe o recuo fronteiro, e em relação aos outros lotes confinantes.

A fixação dos recuos mínimos tem evidentes repercussões no aproveitamento do lote e, por isso, concorre também para influir tanto no adensamento da zona, quanto na reserva de espaços livres.

A menor imposição de recuo mínimo, na legislação paulistana, é de 5 m de frente e 1,5 m em um dos lados. A maior imposição é de 10 m em todas as divisas.

6. *Problemas jurídicos propostos pelo zoneamento*

34. Entre as várias questões que a aplicação das normas de zoneamento têm provocado, podem-se salientar cinco tipos de dificuldades correntes.

A saber: a) qual o ato ou fato que investe o proprietário no direito de edificar sob o império de uma dada legislação de zoneamento, esquivando-se às alterações subseqüentes? b) é ou não possível à administração cassar licença de edificação, fundada em que houve alteração legislativa subseqüente? c) é ou não possível à administração cassar licença de funcionamento de atividade comercial ou de prestação de serviços, em razão da alteração de uso estabelecida para a zona onde se situa o imóvel? d) coeficientes de aproveitamento muito baixos ou recuos muito grandes estabelecidos no zoneamento obrigam ou não o poder público a indenizar os proprietários dos lotes atingidos? e) novo alinhamento de via pública, pela implicação que tenha no recuo fronteiro, obriga ou não a indenizar os proprietários dos lotes afetados?

35. A todas estas questões podem-se dar respostas de relativa singeleza, uma vez aceitos os princípios anteriormente apontados. Deveras, as raízes teóricas implantadas oferecem solução a estes vários problemas. A aplicação deles fornece os elementos necessários ao deslinde das dúvidas que suscitam.

Vejamos.

36. Por força das normas de zoneamento, quem deseje edificar deverá previamente demonstrar à administração que o fará na conformidade das regras estabelecidas. Daí a necessidade de obter a competente licença de edificação, cuja expedição é obrigatória, caso o postulante exiba planta ajustada aos requisitos exigidos para a zona em que se sedia o bem.

a) *momento em que se fixa a legislação aplicável*

37. Trata-se, pois, de saber se a legislação a ser aplicada será a vigente no momento em que é feito o pedido de licença ou no momento em que é deferida, ou no momento em que se inicia a edificação. É óbvio que a própria lei pode oferecer resposta a esta questão, caso em que, evidentemente, não se porá nenhum problema. A dificuldade surge, precisamente, ante o silêncio das normas.

Estamos em que, no silêncio delas, a solução derivada das premissas teóricas que foram propostas há de estribar-se no seguinte raciocínio.

A possibilidade jurídica de edificar não se fundamenta na licença, mas nas leis que regulam o direito de construir. A licença não é ato que define o direito vigente, mas, apenas, que remove obstáculo jurídico ao exercício de um poder suscetível de ser exercido se e enquanto conforme à lei. Logo, descaberia supor que o direito a erigir se assegure a partir da expedição da licença.

Com efeito, à licença expedida pela administração faltaria força jurídica para gerar situação sobre a qual não tem disponibilidade, já que sua função resume-se em reconhecer a coincidência da pretensão com a lei ou a descoincidência com os termos na lei estipulados. Esta ausência de titulação jurídica da administração, para compor os termos dentro nos quais seria cabível ou incabível a construção pretendida, descarta a possibilidade de que possa fazer gerar um direito, pois é estranha à configuração dele.

38. De outro lado, a possibilidade de construir, garantida no direito objetivo, tal como a possibilidade de casar-se ou divorciar-se ou a possibilidade de comerciar ou de freqüentar dados locais, são especificamente poderes jurídicos. Daí, que só assumem a forma de direitos concretizados, nos termos das leis vigentes, quando efetivamente exercitados. Embora alguém possa casar-se hoje, ou divorciar-se hoje, ou exercer dada atividade de comércio, enquanto não os exercita permanece no reino das possibilidades. No momento em que efetivamente o fizer, concretizará uma dada situação e terá que fazê-lo nos termos das leis vigentes. Por esta razão, também descaberia supor que o mero pedido de licença tenha a força jurídica de assegurar o império de uma dada legislação, excluindo a aplicação da lei nova. Além do mais, pelos motivos anteriormente expostos, o pedido de licença não poderia ter a virtude que nem mesmo à própria licença se pode reconhecer.

39. Mediante pedido de licença alguém manifesta a intenção de fazer valer um *direito*, ou, mais propriamente, de um poder jurídico, mas certo é que ainda não o efetivou, até porque dependia da remoção de um obstáculo jurídico para concretizá-lo. Segue-se, pois, que o direito a edificar sob dada legislação só se concretiza quando efetivado, vale dizer, quando realmente iniciada a obra. É este fato jurídico que investe o proprietário no direito a executá-la segundo aquela lei então em vigor e coloca o imóvel a salvo de sujeição às regras supervenientes.

40. Contudo, se houver mora da administração na apreciação do pedido de licença e forem ultrapassados os prazos legais, há de reconhecer-se, ao pretendente, a consolidação de seu direito na conformidade da lei do tempo do pedido, se esta estava em vigor no último dia do prazo dentro do qual a administração devia pronunciar-se. É que a ilegalidade administrativa não pode ser obstáculo à aquisição do direito.

b) cassação de licença para edificar

41. A resposta oferecida à primeira questão antecipa a resposta quanto à possibilidade de cassação de licença para edificar fundada em alteração legislativa. Os mesmos fundamentos teóricos que lhe governaram a solução comparecem neste segundo problema. Dado que o direito a edificar sob o império de certa lei só se entende consolidado quando iniciada a construção, tem-se que a licença para construir pode e deve ser cassada, se sobrevier lei nova *antes de iniciada a construção*.

42. Isto, contudo, não exclui indenização pelas despesas efetivamente realizadas com o projeto de construção ou imediatamente ligadas ao desencadeamento de providências para executá-la, pois o proprietário já havia removido, com a obtenção da licença, o obstáculo jurídico ao início da obra.

Entretanto, não lhe caberá indenização pelos efeitos que decorram das novas condições legais a que se assujeitará o imóvel, isto é, pela eventual desvalorização oriunda das novas regras que vigerão na zona onde se sedia o bem.

43. Reversamente, se a obra houver sido iniciada, a administração não poderá cassar a licença, pois terá havido concretização do direito objetivo e estará consolidada a situação jurídica. Em havendo grave incompatibilidade entre a obra em andamento e as regras novas, a solução residirá na expropriação, não necessariamente do bem, mas apenas do direito a edificar pela destinação antiga ou segundo as anteriores condições de aproveitamento, conforme o caso. É que desassiste à administração optar simplesmente pela cassação, já que isto equivaleria a lançar o administrado em via mais trabalhosa, qual, a de mover ação de indenização. Incumbe a ela assumir o encargo de buscá-lo em juízo para efetuar a desapropriação.⁸

c) cassação de licença de funcionamento

44. Na hipótese de alteração da tipologia de uso admitida em certa zona, as atividades comerciais, industriais ou de serviço, devidamente licenciadas, em princípio devem ser havidas como garantidas contra alterações subseqüentes e a salvo de cassação da licença, pelas mesmas razões já aduzidas.

Se é certo que as licenças de funcionamento de comércio, de indústria ou de serviços, não se confundem com as licenças para edificar, não menos certo

⁸ Cf. Valle Figueiredo, Lúcia. *Disciplina urbanística da propriedade*. Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 85 e segs. A ilustre autora desenvolve este ponto com grande exatidão e clareza. Ressalvamos, apenas, nossa discrepância com relação ao momento de aquisição do direito a edificar. Anote-se, ainda, que o ponto de vista expressado no texto e defendido pela autora citada foi sustentado por Caio Tácito, em 1974, em Curso de Especialização em Direito Administrativo, promovido pela PUC de São Paulo.

é que as atividades em questão são desenvolvidas em construções erigidas em função do tipo de uso e por isso a ele ajustadas. Ora, de nada valeria considerar garantido um tipo de edificação, se lhe for negada a utilização correspondente.

45. Ressalvam-se, apenas, os casos em que ao tipo de construção sejam indiferentes as modalidades de uso, por compatibilizar-se perfeitamente com utilizações alternativas.

46. Cremos que estas mesmas soluções, por iguais razões, não de ser dadas na hipótese de mudar o ocupante do imóvel. Conquanto a licença para exercício de dada atividade comercial, industrial ou de serviços, tenha caráter pessoal, a licença para edificar é de caráter real; vale dizer, adere ao bem, pois diz respeito ao imóvel e não ao proprietário.

Sendo assim, quando o imóvel não se preste a uso alternativo, negar licença de funcionamento para uso correspondente à tipologia da construção regularmente erigida, equivaleria a aniquilar o sentido já consolidado na licença de edificar. Em se prestando o imóvel a uso diverso, aí sim seria cabível recusar licença de funcionamento para uso desconforme ao previsto na legislação vigente.

d) *inaproveitabilidade do bem em decorrência do zoneamento*

47. Quando a legislação de zoneamento prevê coeficientes máximos de edificação muito baixos, ou recuos muito grandes, pode ocorrer que, pela situação peculiar de certos lotes, estes se tornem totalmente inaproveitáveis ou praticamente inúteis. Isto sucederá quando as regras incidem sobre lotes muito pequenos ou de configuração desfavorável.

Nestes casos, dado que o uso funcional deles fica aniquilado ou reduzido a condições inexpressivas, tem-se verdadeiro *sacrifício de direito*, ante a supressão de seu uso ou gozo funcional. Sempre que ocorra tal hipótese, já prefigurada no curso desta exposição, não mais se poderá considerar que o zoneamento apenas compôs o perfil do direito. Será forçoso reconhecer que implicou, nestas situações concretas, em elisão de atributos essenciais do direito; vale dizer, em autêntica lesão a ele. Por haver suprimido um bem constitucionalmente protegido, o Estado terá que indenizar o lesado, procedendo à conversão do direito afetado na expressão patrimonial que o compense.

e) *repercussão do alinhamento na utilização do lote*

48. Quando sobrevém novo alinhamento da via pública, tal ato traz consigo manifestação de que a administração pretende incorporar ao domínio público a faixa fronteira dos lotes alcançados pela demarcação.

Sem embargo, esta expressiva manifestação de intenção não tem, nem pode ter, força jurídica para demitir os proprietários de sua titulação sobre os bens afetados. Em vista disso, se os recuos passam a ser contados a partir do novo alinhamento, resulta que os proprietários sofrem perda na utilização de uma faixa que lhes era utilizável, pois ocorre uma indireta suplementação do recuo. Tendo-se em conta que a finalidade do alinhamento atende a interesse público de dada ordem e que o recuo satisfaz interesse público de outra ordem, pois não são prepostos ao atendimento dos mesmos fins, estamos em que o poder público fica obrigado a indenizar os proprietários agravados.

49. Com efeito: não se pode atender a uma finalidade, embora pública, mediante competência que é, de direito, preordenada ao alcance de outra finalidade. Em suma: as competências não são intercambiáveis, logo não é dado atribuir à competência para alinhamento efeitos jurídicos que são inerentes à competência para fixação de recuos. Embora, no caso, se trate de uma competência legítima — a de estabelecer alinhamento — é incabível atribuir-lhe os efeitos correspondentes ao da competência para fixar os recuos.

50. Deveras, a finalidade do alinhamento só pode ser a de demarcar o espaço que virá a ser ocupado pelo domínio público. A finalidade dos recuos é estabelecer o afastamento em relação à via pública. Já se vê que têm objetivos diversos. As conseqüências de uma medida em relação à outra são inerências irrefragáveis, porque impostas pela lógica das coisas, mas, ainda assim, ambos os institutos persistem juridicamente distintos.

51. Ora, se é certo que através da definição dos recuos o Estado pode conformar a expressão da propriedade, certo também é que não pode fazê-lo mediante alinhamento, pois o objetivo deste último não é delinear o campo do direito de propriedade, mas o de sacar futuramente deste campo aquilo que se considera como nele integrado.

52. Não é admissível, então, que o propósito de uma aquisição futura possa, na atualidade e sem indenização, demitir o proprietário de utilizar o bem segundo as condições que lhe correspondem, isto é, nos termos dos recuos existentes a partir da via pública que existe.

Fundado nestas razões, entendemos que a administração não pode exigir que os recuos sejam contados de uma via pública que inexistente, salvo se indenizar o titular do bem pelo fato de já computar como domínio público uma faixa do imóvel do mesmo proprietário.