

SÉRGIO FERRARI
JOSÉ VICENTE MENDONÇA
(ORGANIZADORES)

DIREITO EM PÚBLICO

HOMENAGEM AO PROFESSOR
PAULO BRAGA GALVÃO



Lumen Juris

Direito

Regulação do Território e da Propriedade Imobiliária Urbana: evolução conceitual no Direito Brasileiro

Sonia Rabello

Introdução

Para construir um direito urbanístico e um planejamento urbano que atendam verdadeiramente aos interesses coletivos da população na sua vida urbana é necessário modular, através da reinterpretação, alguns conceitos jurídicos.

Certos conceitos jurídicos são usados com significados que já não mais se adaptam, inteiramente, aos fenômenos modernos; contudo, as formas de se ler estes conceitos, bem como de aplicá-los, continua arraigada a uma cultura jurídica que os toma, por vezes, por imutáveis.

Entre nós, no Brasil, não se dá de forma diferente, especialmente, no caso que iremos abordar: na forma como se aplica e se interpreta o conteúdo do direito à propriedade imobiliária urbana, e à regulação do território. Nesta área do Direito Urbanístico estamos evoluindo, lentamente.

Percorrendo a história recente dos últimos 20 ou 30 anos podemos ver como está sendo relido e reinterpretado, pelo direito brasileiro, o conceito de propriedade imobiliária urbana e do chamado "direito de construir". Isto porque o fenômeno urbano contemporâneo e das regras de urbanismo implicam, necessariamente, adaptar estes conceitos, para que seja possível sua convivência jurídica sistêmica junto aos novos direitos coletivos difusos.

Para realizar esta remodelação conceitual do direito de propriedade imobiliária urbana e do chamado direito de construir aos novos direitos coletivos difusos, é fundamental não rejeitarmos, de plano, os textos normativos de direito privado que tratam da propriedade imobiliária como um direito individual. Ele, o direito privado, e seu conteúdo descritivo do conteúdo do direito de propriedade imobiliária, não desapareceram do mundo jurídico nacional com a inserção, neste mesmo mundo, dos direitos coletivos difusos, e nem com o reforço do conceito de função social da propriedade no plano constitucional.

Por isso, ao contrário de ceder à tentação de realizar uma luta inglória de desconstrução do direito de propriedade, faz-se necessário acolher a normativa que regula este direito civil, para reinseri-lo, harmonicamente, no sistema jurídico. Mas, como? Reajustando a forma de compreendê-lo, para adequá-lo a uma convivência equilibrada com os novos direitos coletivos difusos.

Direito de propriedade imobiliária pode e deve conviver com os direitos coletivos difusos, já que estes últimos são indispensáveis não só à qualidade de vida da sociedade contemporânea, mas também à sua sobrevivência.

Esta adequação mútua de direitos é um processo que acontece a partir do reconhecimento de que há fatos sociais novos, novos fenômenos na sociedade; e, como o pacto social do Direito deve sempre ser e ter uma resposta a esta mutação social, há também novas "verdades" jurídicas se modulando.

Sim, porque não há uma, e somente uma verdade jurídica. Daí ser perfeitamente adaptável ao campo do conhecimento e ao da operação social do sistema jurídico a afirmação de Kuhn sobre a pesquisa e evolução das ciências em geral:

"Para Kuhn... paradigma é um conjunto de procedimentos ou de ideias que são, sobretudo no campo científico, um sistema não só de conceitos, mas também de maneira de fazer uma pergunta e de estudá-lo. Um paradigma é equivalente a uma revolução, e é uma inovação que refuta um dogma anterior e estabelece um novo que melhor explica o fenômeno em questão.".....

E a pergunta que se faz é se o fenômeno da urbanização do século XX, com as características que lhe são únicas e próprias, não teria afetado o significado bem mais amplo que se pôde ter, até aqui, do conteúdo do direito de propriedade imobiliária urbana? Poderia a regulação de uso da propriedade imobiliária urbana para cidades do século XIX e XX ser a mesma, e compatível com as necessidades coletivas que se apresentam para as cidades e a sociedade urbana do século XXI? Temos as mesmas cidades, para continuarmos com a mesma regulação de direitos?

O fenômeno das cidades atuais introduziu, nos sistemas jurídicos modernos, os direitos coletivos difusos, necessários que são à convivência social minimamente equilibrada, não só no aspecto de equidade social, mas também à sobrevivência ambiental, econômica e cultural da sociedade como um todo.

O exponencial crescimento demográfico mundial e, por consequência, o crescimento das cidades é uma realidade inegável; as megacidades, as metrópoles atingem cifras de dezena de milhões de habitantes. A urbanização acontecida a

partir dos meados do século XX é um fenômeno irreversível e único na história, e que mudou, como nunca, o perfil daquilo que até então chamamos de cidade.

Também a partir de meados do século XX, e junto com o crescimento das cidades, a megaexploração das reservas naturais e seu eventual esgotamento, com impacto nas mudanças climáticas, não é um fenômeno desprezível. Ela é decorrência quase que imediata da forma como implantamos a industrialização, a alta tecnologia, o uso intensivo das fontes de energia de combustíveis fósseis, a sociedade do conforto e do consumo que temos, ainda que não para todos.

Em um século as cidades mudaram de perfil. E, com esta nova sociedade urbana que se instalou, os direitos civis, os direitos coletivos difusos, e mesmo o direito público, todos tiveram que ir se modulando e se ajustando a este novo fenômeno social que é a cidade contemporânea. E então, os direitos tradicionais, ao fazerem as adaptações necessárias a esta convivência, garantem sua própria sobrevivência: adaptar-se para continuar.

É isto que está acontecendo com o chamado direito de propriedade imobiliária urbana: uma adaptação à nova realidade onde ele se insere: na cidade. A interpretação tradicional do significado de seu conteúdo, que foi plausível para as cidades que tivemos até meados do século XX, já não mais se ajusta ao fenômeno e à sociedade urbana do século XXI. Só a evolução conceitual, por uma reinterpretação conceitual, o salvará; é o que está acontecendo no Brasil, e em outras partes do mundo.

2. A regulação do território urbano e a manutenção dos direitos de propriedade imobiliária: possibilidade de conciliação

É possível conciliar o interesse público de regulação urbanística do território urbano com a manutenção da integridade estrutural do direito individual à propriedade imobiliária urbana? Adianto que sim.

O Direito Brasileiro, especialmente a partir da Constituição de 1988, apontou o caminho normativo para tanto, e o vem percorrendo paulatinamente, como veremos a seguir.

Temos dois planos de interesses jurídicos sendo regulados, atualmente, pelo sistema jurídico: o primeiro, o plano dos interesses coletivos difusos, relativo às funções sociais da cidade, nele inserido o direito à qualidade de vida digna para todos

os cidadãos. E o segundo, o da garantia do direito à propriedade privada, dotada de função social, aí compreendido o direito à propriedade imobiliária urbana.

No âmbito da legislação ordinária civil, no que tange à propriedade imobiliária, não houve nenhuma diferença normativa substancial, nem no plano constitucional, nem no plano infraconstitucional - nem mesmo quanto à menção à sua função social. Isto porque as Constituições Brasileiras, desde a Constituição de 1934 já se referiam, explicitamente, a este conceito de função social.

No âmbito do Código Civil Brasileiro (CCB), na regulação dos direitos reais, nada foi substancialmente inovado. Mas, a legislação civil nunca foi, e não é empecilho para a harmonização deste direito individual com os novos direitos coletivos difusos, pautados pela própria Constituição Federal de 1988.

Quais foram as inovações feitas pela Constituição de 1988 no âmbito dos direitos coletivos difusos urbanos? Não foram muitas, mas foram substanciais.

A primeira delas foi a introdução de um capítulo específico para determinar princípios desta política pública: a política urbana. É um capítulo novo na história das constituições brasileiras, e que revela a importância desta política pública para os interesses a serem zelados pelo Estado.

A introdução de um capítulo específico para a política urbana, e para seu objetivo consubstanciado no acesso às funções sociais da cidade e à garantia de bem-estar a todos os cidadãos, faz o contraponto constitucional à garantia constitucional ao direito à propriedade privada, induzindo a uma necessária harmonização, e ao equilíbrio entre estes direitos.

E, para a realização dos objetivos da Política Urbana, a ser implementada pelo Estado Brasileiro através dos seus três entes políticos - União, Estados e Municípios -, a Constituição Federal não parou por aí. Inovou também, em relação à sua história constitucional ao introduzir, dentre os interesses legislativos federal e estadual, a competência para legislar sobre Direito Urbanístico (art.24, I da CFB).

Até a Constituição de 1967 (e Emenda Constitucional n.1 de 1969) a União legislava exclusivamente sobre direito civil e direito agrário, esta última competência legislativa - direito agrário - correspondendo à importância que tinha atividade agrícola na economia do país.

A introdução da competência legislativa federal e estadual para legislar sobre direito urbanístico é aspecto que reputo da maior importância. Isto porque existe uma inegável tendência na cultura jurídica brasileira, de dar mais importância às normas federais do que às normas estaduais ou municipais (muito menos a estas últimas). E, por decorrência deste aspecto, era

costume dar importância quase exclusiva às normas civis que regulam o conteúdo básico do direito individual à propriedade imobiliária, - os direitos reais -, e que estão materializadas em uma norma nacional, o Código Civil Brasileiro (CCB). Desprezava-se, por conseguinte, o efeito das normas urbanísticas municipais na modulação do conteúdo do direito de propriedade imobiliária urbana.

Então, como se poderia estabelecer um equilíbrio normativo entre o que dispõe o Código Civil e as leis urbanísticas que afetam as formas de uso da propriedade imobiliária urbana, se estas últimas não tiverem também um *status* de lei nacional?

Evidentemente, não estamos aqui afirmando que há uma hierarquia entre as competências legislativas dos entes federativos brasileiros, como se fôssemos um estado unitário. Não. Formalmente, sabemos, não há esta hierarquia. Mas, na prática operacional do Direito, esta hierarquia pode ser observada, pois as leis urbanísticas municipais, que materializavam as políticas e interesses públicos nesta área, e que afetavam as formas de uso da propriedade imobiliária urbana, dificilmente tinham predominância, ou eram consideradas relevantes, quando confrontadas com eventuais direitos reais privados, explicitados na lei nacional do Código Civil.

Esta “hierarquia” é uma cultura jurídica informal, mas real na aplicação prática do Direito pátrio, pois acaba por se dar mais importância às leis feitas pelo Congresso Nacional, do que aquelas feitas pelos parlamentos estaduais ou municipais. Daí a importância do Estatuto da Cidade (ECi), lei federal 10.257 de 2001.

O ECi não foi a primeira lei federal de direito urbanístico, mas, do ponto de vista da estruturação a nível nacional do direito urbanístico, ela é a mais importante, até o momento. Ela materializa os princípios e diretrizes nacionais da política urbana, a partir do comando constitucional. Sua ementa e seu art.1º destacam esse seu papel quando dizem:

Ementa: “Regulamenta os art.182 e 183 da Constituição Nacional, estabelece diretrizes gerais da Política Urbana e dá outras providências”

“Art.1º: Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei. Parágrafo Único: Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, **estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do interesse coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental**” (grifos nossos)

Assim, o Estatuto da Cidade como lei federal impõe um diálogo necessário com a normativa civil, ambas ancoradas no texto constitucional, e ambas com *status* nacional. E, este diálogo irá se materializar pela modulação feita pelas leis de natureza urbanística no conteúdo dos elementos que compõem o direito de propriedade imobiliária, conforme descritos pelo Código Civil, em especial no elemento “uso”.

Ainda dentro da descrição constitucional da Política Urbana, mais um elemento merece destaque. É a menção constitucional, no art.182, §1º e §2º, ao **plano urbanístico** como elemento balizador da política urbana nos municípios.

O parágrafo 1º do referido artigo refere-se ao “plano diretor”, a ser aprovado pelas Câmaras Municipais e obrigatório para municípios com mais de vinte mil habitantes, dizendo que o **plano é o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano**. E, no §2º refere-se ao plano para dizer que ele fixará as exigências que houver por bem estabelecer para atendimento do interesse público urbanístico, exigências essas impositivas para que a propriedade urbana privada cumpra o requisito constitucional da função social (art.5º, inc.XXIII da CF).

Esta referência constitucional ao plano urbanístico da Cidade, materializada a partir do chamado Plano Diretor, é de fundamental importância para se entender que:

1. Para a Constituição Federal, o direito urbanístico, na sua vertente de ordenação do uso de solo, superou a etapa onde o interesse público urbanístico fazia limitações à propriedade lote a lote, passando a atuar através da perspectiva de planejamento territorial da cidade (art.21, IX da CF).
2. A propriedade imobiliária urbana passa a ter o seu conteúdo normativo regrado e condicionado substancialmente a partir desta norma municipal – o plano diretor – que estabelecerá os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana no que disser respeito aos interesses urbanísticos da cidade.

Tudo isto passou a ser estruturado pelo Estatuto da Cidade: o conteúdo normativo do planejamento urbano e do plano diretor, as diretrizes que condicionam o planejamento e a ordenação e uso do território, e os instrumentos básicos que viabilizam a execução dos princípios e diretrizes deste planejamento.

3. A natureza jurídica do instrumento de ordenação territorial: o plano urbanístico como regulação do território, e a superação da ideia de limitação administrativa à propriedade.

Perpassa toda a Constituição Federal de 1988 a diretriz de que a política urbana se materializará através de um instrumento jurídico coerentemente formulado e articulado, e que se denominou de plano. O plano se faz para um determinado território; para uma cidade. E a Constituição o tornou obrigatório para as cidades com mais de 20 mil habitantes.

Portanto, deduz-se que plano se faz para uma unidade territorial, que o recebe. Ou seja, o objeto do plano urbanístico, que visa o bem estar dos cidadãos e o atendimento das “funções sociais da cidade” é a cidade, e não o lote, ou cada propriedade imobiliária individual.

Antes da Constituição de 1988, poder-se-ia admitir a ideia de que a lei de zoneamento, ou a lei de uso e ocupação do solo, ao estabelecer índices urbanísticos, estaria tão somente fazendo limitações à propriedade, para atender a padrões de segurança, de estética, de areação, de ventilação, e etc., aplicáveis a lotes em determinada rua, bairro, ou zona. Por isso, estas leis urbanísticas podiam ser tomadas como leis apenas limitadoras do uso da propriedade urbana; mas, se estas regras não fossem articuladas como uma visão de território da cidade, elas não poderiam ser consideradas como um plano para a cidade.

No plano urbanístico, a unidade de regulação é a cidade como um todo. O território é que é objeto do plano, e não o lote, não a propriedade individual. É a cidade que é o objeto de interesse jurídico urbanístico e, por conseguinte, objeto do plano. E talvez seja por isso que o art.21, inc.IX da CF, refere-se explicitamente à expressão “**planos de ordenação do território**”, e não limitações urbanísticas à propriedade urbana.

O art.21 da CF, diz:

*“Compete à União: (...) IX – elaborar e executar **planos** nacionais e regionais de **ordenação do território** e de desenvolvimento econômico e social;”*
(grifos nossos)

Ordenar o território é regular o uso deste objeto público – o território. Mas é nele, no território, onde também se materializa, neste mesmo espaço, o direito privado de propriedade imobiliária. Território, objeto público, e lote urbano, objeto da propriedade privada, acontecem no mesmo espaço, sobre o mesmo solo, e a existência de um não elimina a existência do outro. Ou seja, regular (ordenar) o uso do território não pode significar o afastamento da existência da propriedade imobiliária privada sobre ele; e, por outro lado, o acolhimento, pelo sistema jurídico nacional, da garantia da existência do direito à propriedade imobiliária urbana, não elimina a existência do território – objeto de regulação pelo Estado -, no mesmo local onde se materializa este direito privado.

O plano urbanístico se constrói para o espaço da cidade, para o território urbano como a unidade do planejamento. Por conseguinte, cada lote irá acomodar seus usos privados aos interesses públicos explicitados na regulação territorial, cujo objetivo constitucional inafastável é alcançar e prover seus habitantes de qualidade de vida, e de acesso às funções sociais da cidade: moradia, lazer, serviços públicos, equipamentos urbanos de educação, saúde, cultura e lazer, meio ambiente adequado, acesso ao patrimônio público, ~~o~~ incluído o patrimônio cultural.

Planejamento urbano é, pois, regulação do uso do território. E território é a base física pública sobre a qual União, Estados e Municípios exercem suas competências políticas de regulação de direitos. Sim, porque o planejamento urbano territorial não se restringe somente ao Plano Diretor a ser aprovado, em última instância por cada Município que tenha mais de 20 mil habitantes. O planejamento é um sistema integrado que pode e deve começar no plano nacional de ordenação territorial, e seguir sendo decodificado nos planos regionais, nos planos estaduais de ordenação territorial, nos planos metropolitanos, nos planos das macro e microrregiões urbanas, para finalmente alcançar sua materialização final, no município, no seu Plano Diretor.

Portanto, o Plano Diretor municipal deve consubstanciar a aplicação não só das diretrizes gerais determinadas pelo Estatuto da Cidade, e por outras leis federais como a lei 6766/79, como também observar e realizar as diretrizes que forem estabelecidas pelas leis estaduais de direito urbanístico, bem como as regras de planejamento territorial contidas nos planos de ordenação territorial, sejam eles nacional, regionais, estaduais, ou metropolitanos.

Tendo como dado jurídico conceitual que a ordenação do território se faz a partir de planos, e que estes planos determinam formas de uso do território, já não parece adequado dizer que as normas urbanísticas que decodificam o plano

urbanístico de uma cidade estão estabelecendo simples limitações administrativas aos direitos à propriedade urbana.

Limitações administrativas, categoria genérica de direito administrativo, sugere que sua imposição pelo poder público decorra de um determinado interesse público específico, que exige determinado sacrifício de liberdade ou de direito individual antes plenamente deferido. E a ideia de que a cidade é uma simples justaposição de propriedades privadas, que precisariam ser urbanisticamente limitadas aqui e ali – em afastamentos, alturas, vãos, formas de edificar, metragem, etc... – é que foi superada.

O plano urbanístico regula o uso do território, e não limita simplesmente direitos de edificabilidade em lotes privados; esta abordagem conceitual do direito urbanístico, materializado pela ideia de plano e de planejamento, supera e faz evoluir a compreensão desta ação do poder público para além da simples limitação administrativa ao direito de propriedade imobiliária.

Isto significa uma alteração de perspectiva, uma alteração da forma de se abordar a construção dos direitos, e que afeta, a nosso ver, a forma pela qual os operadores do Direito lidam com os confrontos, eventualmente aparentes, entre o direito coletivo difuso a um urbanismo, e a uma cidade de qualidade e eficiente para todos os seus habitantes, e os direitos individuais de propriedade imobiliária urbana.

Para melhor compreendermos esta alteração da forma de abordagem, buscamos situações análogas, para as quais o tratamento conceitual jurídico já descartou o termo limitações administrativas, e apenas se refere à regulação de direitos. Este é o caso da regulação econômica, da regulação de mercados.

Vejamos, por exemplo, o caso da regulação da atividade econômica e financeira bancária. Os bancos são atividades econômicas privadas reguladas, em razão não só do interesse econômico constitucional de garantir o princípio da livre concorrência, e sua função social (art.170 da CF), como também de garantir o interesse público de solidez financeira da Nação. E este interesse público está explicitado pelo deferimento à União de competência da União para legislar sobre “sistema monetário (...), política de crédito, câmbio, seguros, e transferência de valores”, bem como sobre direito econômico. E as normas de regulação da atividade econômica bancária, atividade esta altamente regulamentada, são referenciadas na literatura jurídica não mais como *limitações administrativas*, mas como *regulação de mercado*.

Um segundo exemplo é o da regulamentação para o exercício de profissões. Em princípio há no art. 5º, inc.XIII a garantia geral do “livre exercício de qualquer

trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. No entanto, a garantia desta liberdade ou direito encontra-se altamente regulamentada não só por leis primárias, mas também por normativas secundárias, provenientes de conselhos profissionais, entidades estas, na prática, apenas artificialmente públicas. E hoje, a lei brasileira regulamenta até atividades de mototaxis! Tudo em nome de algum interesse público, intuído e amparado a partir da competência legislativa deferida à União pelo art.22, inc. XVI: legislar sobre “*condições para o exercício de profissões*”, e de legislar sobre direito do trabalho.

Em todos estes casos, perguntamos: o conceito é de limitação administrativa, ou de regulação de direitos, em função de interesse público? Claro: é regulação de direitos.

Insistimos neste ponto, pois consideramos que a terminologia empregada no Direito não é inócua na formação da ideia que se faz do conceito.

É que ao empregarmos o termo *limitação* trazemos à mente, continuamente, a sensação de sacrifício de direito que antes se supunha maior, e que agora está sendo diminuído. É evidente que toda lei que regula qualquer situação privada, de fato ou de direito, estará sempre limitando; estará sempre restringindo a liberdade de decidir. Portanto, no fundo, qualquer regulação pode ser também uma limitação. Mas, conforme mencionamos acima, a forma de abordar traz diferenças à tolerância e à aceitação, pelos indivíduos, à restrição de sua liberdade em prol de algum interesse público.

Hoje em dia, vastas são as normas de segurança de trânsito, inclusive através de normativa secundária (portarias, deliberações, e etc...) que impõem a motoristas de veículos, de motocicletas, e até de bicicletas equipamentos para sua própria segurança, para poderem circular em via pública. Qual o interesse público relevante, nestes casos? Fato é que não se discute a amplitude com que o Poder Público, ao legislar sobre trânsito e transporte, interfere na liberdade dos indivíduos, fixando regras de comportamento para locomoção em vias públicas.

Em matéria de planejamento urbano no Brasil, ainda temos outro exemplo de regulação de uso do território, e, por conseguinte, de regulação da forma de exercício do direito privado de propriedade imobiliária urbana, e que não se enquadra no significado estrito do termo *limitação*. É o caso das normas que impõem a edificação, ou o parcelamento compulsório, prevista como instrumento urbanístico no art. 5º do ECi, respaldado no art. 182 §4º da CF. Por este instrumento urbanístico de planejamento, o Município pode impor uma obrigação de fazer ao proprietário: de parcelar, edificar, ou usar a propriedade. Também

neste caso, o entendimento do conceito estrito de limitação administrativa dificilmente poderia ser aplicado.

Na lei federal 6766/79, que regula formas e condições de parcelamento do solo urbano, também há exemplos análogos que estabelecem percentagem para destinação e alienação de áreas para o poder público, e muitas outras condições para a realização de loteamentos ou desmembramentos, condições essas que podem ser acrescidas de muitas outras, que forem estabelecidas por lei estadual ou municipal.

Por tudo isso, seria melhor nos referirmos a estas condições como limitações administrativas, ou como regulação do uso do território? Parece claro que o uso da locução “regulação” é a mais adequada e apropriada.

Sem querer nos alongar mais neste aspecto de nomenclatura, que julgamos importante precisar para aperfeiçoarmos o conceito regulação, vale ainda acrescentar que grande parte de todo este imbróglcio terminológico advém das formas pelas quais o direito administrativo brasileiro importa categorias jurídicas, indistintamente, tanto do direito continental europeu, mormente o francês, como do direito americano, sem as devidas adaptações que se fazem necessárias. O próprio termo regulação tem inúmeras definições na doutrina, e aqui o estamos usando como sinônimo de normatizar direitos.

Para acrescentar mais um elemento nesta imprecisão terminológica e, por consequência, imprecisão conceitual do que seja limitação administrativa, e em que este conceito difere, realmente, de regulação de direitos, devemos também incluir aí o conceito de poder de polícia.

Finalmente, aí temos a trilogia: limitação administrativa, poder de polícia, e regulação. Três faces de um mesmo conceito jurídico, que resumimos aqui, para simplificar, como **regulação** de direitos em função de interesses públicos.

É neste sentido que ainda vale a referência à única regra legislativa brasileira vigente sobre o assunto: o art.78 do Código Tributário Nacional que menciona regular, limitar, e poder de polícia. Aí o conceito é abrangente, para permitir que, com a atividade administrativa, seu fato gerador, se lance o tributo.

4. Adaptações do conteúdo do direito à propriedade imobiliária urbana às diretrizes do Estatuto da Cidade

Vimos que a Constituição Federal de 1988 introduziu no sistema jurídico brasileiro o direito coletivo difuso às funções sociais da cidade, ao bem estar e

à qualidade de vida. O Estatuto da Cidade, lei federal 10.257/2001 decodificou este princípio nas suas diretrizes (art.2º), a serem operacionalizadas através de instrumentos, muitos deles previstos já neste texto legal.

As diretrizes do Estatuto da Cidade, como lei nacional, são de observância e aplicação obrigatória por Estados e Municípios, sem o quê o princípio constitucional não se realiza.

Destacamos aqui, especialmente, uma diretriz que está conectada ao instrumento mais significativo do Estatuto da Cidade. A diretriz é aquela explicitada no inciso IX, do art.2º, e que diz:

"Art.2º: A política urbana tem por objetivo (...), mediante as seguintes diretrizes gerais: (...) IX – justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização;"

E o que quer dizer justa? Difícil definir. Mas, podemos afirmar o que é injusto. Injusto é tudo o que não é equânime, não é mais ou menos equitativo.

E o instrumento, por excelência, que possibilita a aplicação, no planejamento urbano, desta diretriz é o previsto no art.28 do ECI – a Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC). Diz o art.28:

Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, coeficiente de aproveitamento é a relação entre a área edificável e a área do terreno.

§ 2º O plano diretor poderá fixar coeficiente de aproveitamento básico único para toda a zona urbana ou diferenciado para áreas específicas dentro da zona urbana.

§ 3º O plano diretor definirá os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área.

A lei nacional de planejamento urbano, através do instrumento da Outorga Onerosa do Direito de Construir (OODC) estabeleceu que:

1. O plano diretor estabelecerá dois coeficientes de aproveitamento para a propriedade imobiliária urbana: o básico e o máximo.
2. O coeficiente máximo será necessariamente estabelecido se as condições da infraestrutura urbana o permitirem.

3. O coeficiente básico não tem relação necessária com a infraestrutura. Por conseguinte, seu estabelecimento, em princípio com coeficiente de aproveitamento único, - ressalvada diferenciações para áreas específicas -, tem relação com o princípio da justa (equânime) distribuição de benefícios e ônus do processo de urbanização, como veremos adiante.
4. Nas áreas em que o plano diretor previr a possibilidade de utilização de coeficientes de aproveitamento máximos, isto é, diferentes para maior, do coeficiente índice básico, o poder público deferirá este benefício mediante contrapartida (*caput* do art.28).

Esta contrapartida, pagamento pelo deferimento de coeficiente de aproveitamento além do básico, é que o ECi denominou de Outorga **Onerosa** do Direito de Construir (art.30 do ECi).

E se a lei federal nacional estabeleceu uma cobrança pela outorga de índices de edificabilidade que forem deferidos além do índice básico é porque este “direito” de edificar não pertence ao patrimônio do titular de domínio do lote; isto porque o poder público não poderia cobrar para outorgar um direito que já integrasse o patrimônio do particular! Como outorgar onerosamente o que já é do outro? Isto não é logicamente possível.

Então, o que se pode extrair do texto legal?

A principal conclusão é a de que existe um índice de edificabilidade básico, - chamado também de coeficiente básico -, pelo qual o poder público não cobra, e que, por isso, deduz-se que seja o decorrente do uso útil, e essencial, do proprietário à sua propriedade imobiliária urbana.

Mas, o Plano Diretor, em função dos interesses públicos de planejamento urbanístico, e se a infraestrutura instalada da cidade permitir, pode prever, para áreas específicas, a possibilidade de edificabilidade além do coeficiente básico; esses coeficientes a maior, chamados de coeficientes máximos. Estes coeficientes máximos, por não integrarem o conteúdo patrimonial básico de uso útil de domínio privado, são recursos de edificabilidade públicos, e só poderão ser deferidos mediante contrapartida, ou seja, mediante outorga onerosa a ser paga pelo beneficiário.

Esta foi a alteração mais substancial que a lei nacional, o Estatuto da Cidade, como lei especial, fez em relação à lei civil geral: estabeleceu que os índices de edificabilidade (chamado de direitos de construir), para além do índice básico, são recursos urbanísticos e, como tal, pertencem ao poder público.

E por que o poder público não pode outorgar, gratuitamente, como vem fazendo, índices máximos de edificabilidade?

Não pode fazê-lo, não só em função do comando do art.2º, IX do Estatuto da Cidade que impõe a justa distribuição de ônus e benefícios do processo de urbanização, como também em função de dois outros princípios: o princípio de direito público que veda ao poder público a distribuição de recursos públicos gratuitamente, e o princípio geral de Direito que veda o enriquecimento sem causa.

A produção acadêmica na área urbanística, e também a de economia urbana tem demonstrado que, a alteração legislativa de uso do solo que aumenta a capacidade de edificação em um lote, permitindo que nele se construa mais do que a metragem de sua área original; e isso ~~faz~~ aumentar também o preço do lote no mercado imobiliário.

Ou seja, um ato normativo do poder público, que não tem nenhuma relação com qualquer ação do particular, repercute no patrimônio privado, fazendo aumentar o valor do imóvel no mercado. E, este fato privilegia apenas aos proprietários de lotes, e ainda assim de forma completamente diferenciada entre eles. Enquanto que para uns é possível construir quatro, cinco, seis vezes o tamanho do lote, outros tem índices de edificabilidade bem menor; e, alguns deles, nem podem edificar, pois tem seus imóveis preservados por interesse urbanístico, ambiental, ou cultural.

Ressalte-se que toda esta diferenciação, toda disponibilidade para edificar, todo este insumo urbanístico que são os índices de edificabilidade, só é possível se realizar se houver infraestrutura de serviços urbanos, feita e mantida com recursos de todos. Portanto, é a cidade construída por todos que viabiliza e dá valor aos índices de edificabilidade.

Ora, por que então somente alguns têm seu patrimônio aumentado em função de ações que lhe são alheias? Não é exatamente isto que caracteriza o enriquecimento sem causa?

No direito brasileiro, este princípio geral de Direito, a vedação do enriquecimento sem causa, foi explicitado, recentemente, na legislação federal, dentro do código civil de 2012; e, pelo fato desta regra estar escrita dentro do código civil, não se pode dizer, obviamente, que esta sua toponímia restrinja sua aplicabilidade somente às relações privadas. Diz a norma:

“Do Enriquecimento Sem Causa

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.”
(grifos nossos)

Vimos que o poder público, ao regular o interesse público urbanístico da cidade, permite, em alguns locais, coeficientes de aproveitamento máximos em função de necessidades urbanísticas, e em função de infraestrutura de serviços públicos instalada. É evidente que o privilégio urbanístico de poder dar um uso ao lote maior do que coeficiente básico de aproveitamento geralmente significa aumento de valor no patrimônio privado. Contudo, este aumento de valor do patrimônio privado não deve gerar um enriquecimento dos titulares de domínio, configurando inequívoca situação de enriquecimento sem causa, já que este aumento de valor terá sido patrocinado por causas alheias ao seu esforço ou ação, e justificado por interesses urbanísticos públicos do planejamento da cidade.

Por isso o Estatuto da Cidade consolidou o conceito de Outorga Onerosa, a ser deferida mediante contrapartida, quando o proprietário ou investidor optar por usar o lote além do uso útil básico comum a todos. Isto porque, quando o interessado optar por usar coeficientes de aproveitamento máximos, ele estará se apropriando dos insumos urbanísticos públicos, especialmente permitidos ao seu lote por motivo de interesses do planejamento urbano da cidade.

Portanto, podemos afirmar que a lei nacional, o Estatuto da Cidade, alterou a forma pela qual o sistema jurídico brasileiro aborda o deferimento dos índices (coeficientes) de aproveitamento da propriedade imobiliária urbana. Antes se entendia que o proprietário do lote tinha total liberdade de edificar, e que interesses urbanísticos podiam limitar, aqui e ali, o seu aproveitamento. Agora, com a introdução do conceito de planejamento da cidade, cujo objetivo é gerir interesses urbanísticos, regula-se o território como um todo, afastando, com isto, o conceito restrito de limitação à propriedade individual. Regula-se o uso não da propriedade, mas do território, deferindo a áreas específicas, a possibilidade de uso de coeficientes de aproveitamento máximos diferenciados, como recursos urbanísticos ao adensamento urbano, e como formas facultativas, ou até obrigatórias de uso, ocupação e funcionamento da cidade, em prol do desenvolvimento de suas funções sociais, e do bem estar da população.

Neste sistema, garante-se o direito individual de uso útil da propriedade imobiliária, pelo deferimento do índice básico e igualitário de aproveitamento para todos os proprietários, conciliando este direito não só com os princípios de Direito, mas também com o interesse público de planejamento da cidade, consubstanciado nos novos direitos coletivos difusos.

Por isso é que não há como deixar de entender que os coeficientes de aproveitamento máximos, dados em função da infraestrutura pública instalada, são recursos urbanísticos públicos, podendo ser deferidos mediante pagamento de contrapartida, isto é, mediante **outorga onerosa do direito de construir**.

5. O Plano Diretor de São Paulo, e a recuperação dos índices construtivos como recursos públicos

O Tribunal Constitucional Colombiano bem resumiu a questão do conteúdo patrimonial mínimo da propriedade imobiliária, e que constitui direito do titular de domínio; este seria *“o nível mínimo de desfrute e de disponibilidade de um bem, que permita seu titular de obter alguma utilidade econômica em termos de valor e uso, e de valor de troca, que justifique a presença de um interesse privado”*.

O Plano Diretor da cidade de São Paulo, aprovado pela Lei Municipal n.16.050, de 31 de Julho de 2014, materializou este entendimento, e os princípios e diretrizes estabelecidos na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, fixando um coeficiente de aproveitamento básico de aproveitamento do lote, objeto do direito de propriedade, de forma geral para toda a cidade.

Diz o Plano Diretor:

“Da Outorga Onerosa do Direito de Construir

Art. 115. A Prefeitura poderá outorgar onerosamente o direito de construir correspondente ao potencial construtivo adicional mediante contrapartida financeira a ser prestada pelos beneficiários, nos termos dos arts. 28 a 31 e seguintes do Estatuto da Cidade, e de acordo com os critérios e procedimentos estabelecidos nesta lei.

Parágrafo único. Os recursos auferidos com as contrapartidas financeiras oriundas da outorga onerosa de potencial construtivo adicional serão destinados ao Fundo Municipal de

Desenvolvimento Urbano - FUNDURB.

Art. 116. O potencial construtivo adicional é bem jurídico dominical, de titularidade da Prefeitura, com funções urbanísticas e socioambientais.

§ 1º Considera-se **potencial construtivo adicional** o correspondente à diferença entre o potencial construtivo utilizado e o potencial construtivo básico.

§ 2º Para o cálculo do potencial construtivo adicional deverão ser utilizados:

I - o coeficiente de aproveitamento básico 1 (um) estabelecido nos Quadros 2 e 2A desta lei;

II - o coeficiente de aproveitamento máximo 4 (quatro) estabelecido no Quadro 2 desta lei para as áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana, os perímetros de incentivo ao desenvolvimento econômico Jacu-Pêssego... ”.

(grifos nossos)

Resumindo: o coeficiente básico de aproveitamento integra o direito do proprietário para exercício do uso útil de seu direito dominial. Os coeficientes que excedem ao básico, isto é, os índices de edificabilidade adicionais ao básico, são recursos urbanísticos, ali definidos como bens públicos dominicais, que somente poderão ser cedidos, ou outorgados, mediante contrapartida financeira.

O Plano Diretor de São Paulo fixou o coeficiente de aproveitamento básico correspondente ao tamanho da área física do lote, ou seja, da coisa, objeto do direito de propriedade. Para aproveitar mais do que a própria área física do lote, ou seja, acrescer fisicamente, duas, três ou quatro vezes o tamanho do lote na mesma área física, o interessado terá que adquirir estes coeficientes de aproveitamento a mais, estes recursos urbanísticos extras, junto ao poder público, por meio da outorga onerosa do direito de construir.

Entendemos que o Plano Diretor de São Paulo não entrou na discussão teórica, na qual se questiona se o direito de construir é ou não um bem destacado do direito de propriedade. Resolveu esse problema de forma muito mais prática, já que, no caso da propriedade imobiliária ser de natureza urbana, é provável que algum “direito” de construir seja necessário para o uso do bem.

E por quê? Porque, na prática, para que proprietário urbano possa usar este tipo de propriedade, a urbana, é preciso que o terreno tenha alguma construção. Portanto, é plausível se entender que 1 (uma) vez o tamanho do lote seja um padrão legítimo e razoável para se atribuir como coeficiente básico de aproveitamento do lote para construção em um terreno urbano, garantindo assim um uso útil do mesmo, de forma igualitária, a todos os titulares de domínio.

Desta forma, supera-se o debate no qual se questiona se o direito de construir constitui ou não um direito vinculado ao direito de propriedade imobiliária.

Na verdade não há, no direito brasileiro, nenhuma menção que insira o direito de construir como um elemento que compõe este direito real. Os três elementos básicos que compõem o direito real da propriedade imobiliária são o direito ao uso, à fruição e à alienação do bem. Mas, no caso de ser a propriedade imobiliária de natureza urbana, seu uso útil pode estar condicionado à existência de ali haver uma construção. O mesmo não se passa no caso da propriedade ser de natureza rural; neste último caso, o uso útil da mesma se dá não através da construção, mas da sua exploração agropecuária, que prescinde de construção.

Portanto, direito de construir não é um elemento direto do conteúdo do direito à propriedade, mas pode ser uma decorrência indireta do elemento uso, no caso de propriedades urbanas. O uso útil é, pois, o elemento mais determinante deste direito real à propriedade imobiliária. E o coeficiente de aproveitamento básico de uma vez o tamanho físico do lote – índice 1 – permite, sem dúvida, o exercício útil deste elemento para todos os proprietários de forma equânime.

Cabe aqui ressaltar que o índice 1 não é impositivo para toda a cidade. Há condições específicas onde áreas da cidade, como em áreas ambientais, por suas características, podem ter índices básicos menores, mas onde se permite alguma ocupação. Nesta hipótese, há previsão no Estatuto da Cidade (art.28, §2º) de que em áreas específicas o índice básico possa ser diferenciado daquele geral, desde que fatos o justifiquem.

A *Outorga Onerosa do Direito de Construir*, nome consagrado pelo Estatuto da Cidade, é o instrumento urbanístico que já se aplicava no Brasil com o nome de *Solo Criado*, e foi o conceito desenvolvido por um grupo de urbanistas e juristas, na década de 70, explicitado no documento denominado de Carta de Embu. E, com o nome de *Solo Criado*, este instrumento já era aplicado, por vários municípios, antes mesmo da vigência do Estatuto da Cidade.

Foi com o nome de *Solo Criado* que, no Brasil, a cobrança de contrapartida por uso de coeficientes de aproveitamento máximos foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O caso, julgado em 2008 pelo STF foi a aplicação deste instrumento pelo Município de Florianópolis, no Estado de Santa Catarina, que efetivou o *solo criado*, por lei municipal de 1989, antes mesmo de sua consolidação pelo Estatuto da Cidade. O autor da ação argumentou, contra sua aplicação do *solo criado* pelo Município, dentre outras razões, que o instrumento urbanístico do solo criado seria a aplicação de uma espécie de tributo. E, como o mesmo não teria sido previsto no bojo do sistema nacional tributário, sua instrumen-

talização pelo planejamento urbanístico municipal não só seria ilegal, como também inconstitucional.

Este e todos os argumentos foram derrubados pelo voto do Ministro relator Eros Grau que, por coincidência tinha participado, há mais de trinta anos, na formulação original da Carta de Embu.

Vale transcrever a ementa do Acórdão deste julgamento pelo STF que, a partir de então, se tornou o *leading case* na matéria:

“RE 387047/SC, rel. Min. Eros Grau, 21.2.2008

• **Direito de Construir e Lei Municipal**

O Tribunal iniciou julgamento de recurso extraordinário, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegara mandado de segurança impetrado por empresa prestadora de serviços, contra ato do Prefeito e do seu Secretário de Finanças, consubstanciado na exigência do pagamento da **remuneração alusiva à “parcela do solo criado”, instituída pela Lei 3.338/89, do Município de Florianópolis**, como condição à construção do imóvel de sua propriedade.

O Min. Eros Grau, relator, negou provimento ao recurso. Asseverou que, no caso, **estar-se-ia diante de um autêntico ônus, e não obrigação tributária**, haja vista que a prestação de dar a que corresponde à chamada “parcela do solo criado” consubstanciaria um vínculo imposto à vontade de proprietário de imóvel, em razão do seu próprio interesse em construir **além do coeficiente único não oneroso de aproveitamento**. Ressaltou que o não cumprimento desse ônus não implicaria sanção jurídica, mas apenas a desvantagem de o proprietário do imóvel nele não construir além daquele coeficiente. Aduziu, por fim, que o instituto a que corresponde a **chamada “parcela do solo criado” seria instrumento próprio à política de desenvolvimento urbano**, cuja execução incumbiria ao Poder Público municipal (CF, art. 182), **instrumento vocacionado à correção de distorções que o crescimento urbano desordenado ocasiona**, adequado à promoção do pleno desenvolvimento das funções da cidade e a dar concreção ao princípio da função social da propriedade (CF, art. 170, III).” (grifos nossos)

6. Conclusão

Longo é o processo de reinterpretação e reintegração das normas do sistema jurídico. Mas, como já foi dito no começo deste texto, se novos fenômenos surgem, como a cidade e a sociedade urbana contemporânea, bem como o en-

tendimento que a proteção de direitos se estende não só aos direitos individuais, mas também aos direitos coletivos difusos, não há porquê o sistema jurídico não fazer as adaptações necessárias ao bem estar de todos.

Nada é definitivo, e tudo está em andamento. E, dentro deste processo está a forma de se compreender o conteúdo do direito de propriedade urbana; ele está sendo modulado continuamente, hoje, não só pelos interesses das relações privadas, como também por regramentos que expressam necessidades coletivas, especialmente consubstanciadas na regulação do território através do planejamento urbano. Na sociedade urbana contemporânea, este é um processo irreversível para garantirmos nossa sustentabilidade, e, com ela, do próprio instituto da propriedade imobiliária.

É o que se apresenta mais palatável e justo para a gestão dos interesses comuns, embora nem sempre seja do entendimento de todos.