

1. Direito de construir e controle do uso e ocupação do solo

Decorre da noção de poder de polícia do Município o controle preventivo que exerce o mesmo sobre o uso e ocupação do solo urbano, por meio do processo de licenciamento, destacadamente no que tange ao parcelamento e à atividade edilícia. Tal prerrogativa é mesmo diretriz constitucional de adequado ordenamento territorial, cara ao art. 30, VIII.

Todavia, se já se encontra assentado o entendimento de que inexistente um ‘direito subjetivo de parcelar’, vez que o ato de aprovação de loteamentos e desmembramentos pelo Poder Executivo tem natureza de *autorização*, sujeitando-se a juízo de conveniência e oportunidade da Administração, embasado nas previsões do planejamento, o segundo aspecto enseja análise mais detida do chamado ‘direito de construir’, historicamente entendido de modo diverso pela legislação, doutrina e jurisprudência.

Na perspectiva civilística tradicional, emana o direito de construir diretamente do direito de propriedade, como um dos poderes dominiais, impassível de sofrer qualquer restrição externa. Já pela ótica do direito administrativo, o achatamento do *ius aedificandi* pode ser interpretado como modalidade de intervenção no direito de propriedade, tendo, como contraponto, a pretensão indenizatória do particular atingido. Ambos os vieses foram conciliados no Código Civil de 2002, nos dizeres do art. 1.299: “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”. Duas dimensões vêm à baila na prescrição: o direito de vizinhança, especialmente o dito “uso anormal da propriedade” do Título III, Capítulo V, Seção I (CC/2002), e os “regulamentos administrativos”.

No entanto, o paradigma urbanístico contemporâneo caracteriza essa restrição imposta pelo zoneamento não como limitação externa ao direito de propriedade, mas como conformação intrínseca ao seu próprio núcleo essencial, por força da necessária funcionalização da propriedade urbana inscrita no art. 182 da Carta Magna e que defluiu, concretamente, do Plano Diretor, o qual, em sentido material, engloba também as leis de zoneamento.

Parece nítido, contudo, que a discussão não cessa, mas é reassentada sobre outros termos: *o sacrifício exigido chega a fulminar o núcleo essencial do direito de propriedade?* Este “núcleo essencial” depende, por óbvio, da funcionalidade do bem em suas circunstâncias materiais, ou seja, da “aptidão natural do bem em conjugação com a destinação social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido”, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, ou a “viabilidade prática e econômica do emprego da coisa”, na expressão de Carlos Ari Sunfeld². Como contraponto, a

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza jurídica do zoneamento: efeitos*. In: Revista de Direito Público 61/39.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 93

doutrina jus-urbanística portuguesa, na lição de Mário Esteves de Oliveira, oferece uma alternativa de composição ao determinar que “*subjetivamente*, quanto à sua titularidade, o proprietário tem a garantia *concreta e efetiva* da Constituição. Já quanto ao *uso objetivo* da propriedade, essa garantia é *abstrata e virtual* – pois, embora sejam seus os usos ou as utilidades que dela se podem tirar, eles são apenas aqueles que possam ser tirados (ou que não estejam proibidos de serem tirados)”³.

No cenário do direito brasileiro, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) ofereceu uma solução para o impasse, ao desgarrar do direito de propriedade, expressamente, o direito de superfície e o direito de construir. Não geraria a mera regulação, em tese, do potencial construtivo de um terreno, legitimidade para a indenização, visto que a generalidade da comunidade, bem como cada um dos proprietários cujos imóveis tiveram sua edificabilidade circunscrita, dela se beneficiam, individual e coletivamente. Outra posição, ademais, tornaria qualquer política urbana inviável, especialmente aquelas de indução ao desenvolvimento (como a variação dos coeficientes de aproveitamento para utilização da outorga onerosa do direito de construir) e de distribuição dos ônus e benefícios da urbanização, conforme reza o art. 2º, IX do Estatuto. Da mesma natureza, ou seja, sem desdobramento indenizatório, é a incidência *ex lege* de Áreas de Preservação Permanente, que transformam parcelas de imóveis em *non aedificandi*, sem atingir a titularidade do bem.

A despeito da diretriz geral, têm os tribunais superiores decidido no sentido de que a supressão absoluta do potencial econômico da propriedade imobiliária é expediente análogo à expropriação indireta, inaceitável *prima facie*. Impõe-se sempre a comprovação da *idoneidade* (adequabilidade finalística), *indispensabilidade* (menor ingerência possível) e *ponderação* (balanceamento de direitos) nesta seara. Na dicção de José Roberto Pimenta Oliveira: “Não se deve, pois, presumir a necessidade da medida encampada pela norma da Administração, mesmo que fundada em elementos técnicos, pois existe o dever administrativo de plena comprovação de sua indispensabilidade”⁴. O argumento técnico, isoladamente, descamba em tecnocracia. A motivação efetiva das restrições deve ser explicitada.

Em resumo, vale mencionar a interpretação sintetizadora de Victor Carvalho Pinto, para quem o direito de construir e suas modulações pelo Poder Público não derivam do poder de polícia, *strictu sensu*, embora possam ser objeto de fiscalização com base nele. O direito de construir configura um bem autônomo, espécie *sui generis* de direito real, inclusive averbável junto à matrícula do imóvel sobre o qual recai, e patrimonializável pelo particular:

Em todos os institutos estudados, verifica-se a existência de ônus a serem suportados pelos proprietários para financiar a infra-estrutura urbana. No

³ OLIVEIRA, Mário Esteves de. In: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n. 3, p. 197, 1995.

⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 317.

loteamento, são realizadas obras, transferidos terrenos e criadas servidões. Na contribuição de melhoria, na outorga onerosa, nas operações urbanas consorciadas e na transferência do direito de construir é feito um pagamento em dinheiro. Em todos estes casos, o benefício auferido em troca é a aquisição ou ampliação do direito de construir. O fato de haver uma relação sinalagmática em todas essas situações, tendo por objeto o direito de construir, já demonstra que seu fundamento não pode ser o poder de polícia, uma vez que este não pode ser transacionado. (...) Estes mecanismos só fazem sentido se aceito o princípio da patrimonialização do direito de construir.⁵

A despeito da lição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra que o exercício do poder de polícia, *lato sensu*, é atribuído ao Estado em geral, e não apenas à Administração Pública, de modo que “o poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. (...) O Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao estado, cria, por lei, as chamadas *limitações administrativas* ao exercício das liberdades públicas e indica as medidas de polícia cabíveis para impor o seu cumprimento”⁶. Portanto, embora seja o poder de polícia *imane*nte à Administração, seu *exercício* toma como pressuposto os atos de prévia legiferação, bem como o exercício do *poder regulamentar* do Executivo, em verdadeira expressão de *poder-dever* (ou de *dever-poder*, na inversão pós-constitucional envidada pela doutrina).

⁵ PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 314-316.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Poder de Polícia em matéria urbanística*. In: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Temas de Direito Urbanístico*. Vol 1. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999, p. 25.