

O DIREITO URBANÍSTICO COMO RAMO DO DIREITO SOCIAL E SUAS RELAÇÕES COM OS DIREITOS CIVIL E ADMINISTRATIVO

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

I — O Direito Urbanístico

1. Ao lado dos tradicionais Direitos Privado e Público, o *tertium genus* da contemporaneidade jurídica é o Direito Social.

1.1. Como é próprio desse mais recente ramo jurídico, ao invés de considerar o sujeito de direito, enquanto indivíduo; ou, no contexto estatal, na qualidade de governante ou governado; o *ius sociale* o tem na condição de membro da sociedade, de um grupo social, de uma classe, de um conjunto comunitário.

1.2. A par da atuação da chamada sociedade civil organizada, das instituições desta, há, é certo, forte presença do Poder Público, na sua função de participação social, de velamento e efetivação de direitos transindividuais — difusos, coletivos, comuns de todos — e individuais indisponíveis.

1.3. Nesta sua atividade, o Estado exerce a função legislativa, ao editar as normas de Direito Social, e a função jurisdicional, ao julgar os respectivos litígios.

Mas diferentes parcelas da função administrativa também interferem: a atuação, através do exercício do poder normativo regulatório; e por meio da prática de atos administrativos concretos.

É a participação, a chamada intervenção estatal no domínio social, inclusive econômico.

2. A parte, do Direito Social, que engloba a propriedade imobiliária urbana, é o Direito Urbanístico, cujo autonomia a CF/88 proclamou, ao nominá-lo, diferenciando-o de outros ramos jurídicos, no art. 24, I.

2.1. O Direito Urbanístico é a disciplina jurídica do urbanismo e da atividade urbanística, que objetivam a adaptação e a organização do espaço natural, fazendo-o fruível por uma comunidade citadina, no desenvolvimento das funções elementares da habitação, do trabalho da recreação, da saúde, da segurança, da circulação e outras.

2.2. O urbanismo, enquanto ciência, técnica e política, envolve: (a) a política urbana, de que resulta o planejamento, ou seja, a fixação, por opções axiológicas, com base nos elementos técnico-científicos, de metas e fins a serem atingidos, e dos meios e diretrizes para fazê-lo; (b) a ordenação dos espaços, com a adequação de seu parcelamento, ocupação, uso e construção; (c) fiscalização e controle — prévios, sucessivos e repressivos — dessas atuações; (d) o incentivo, o fomento destas atividades; (e) a intervenção ou interferência urbanística, por meio de instrumentos coativos unilaterais, como a edificação compulsória (art. 182, § 4º, da CF); (f) a negociação, no chamado ‘urbanismo contratado’ ou ‘urbanismo concertado’.

3. O sentido social da propriedade está presente, seja no Direito Civil, seja no Público, e, obviamente, no Social.

3.1. No primeiro, ao proteger, por exemplo, os direitos dos vizinhos; ao prescrever que se respeitem os regramentos administrativos.

3.2. No segundo, porque o poder de polícia administrativa sempre foi, com efeito, um dos segmentos, da atividade administrativa, que tem endereço social mais evidente, mesmo quando ainda inserida nos limites tradicionais da salubridade, da tranqüilidade, da segurança.

3.3. O Direito Urbanístico oferece, por seu turno, em modalidade conspícua, o condicionamento do domínio imobiliário urbano à sua função social.

3.3.1. É certo, porém, que esse condicionamento está balizado pela CF, que, especificamente sobre o ponto, prescreve, em seu art. 182, § 1º, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

3.3.2. Este, o Plano Diretor, reveste-se, portanto, de essencialidade, na demarcação da função social da propriedade imobiliária urbana: na atribuição de conteúdo à política urbana; e, portanto, na atuação do Poder Público na matéria.

4. Se legislar sobre o Direito Urbanístico é da competência concorrente federal e estadual, nos termos do disposto no art. 24, I, da CF, esta reserva, a outras capacidades normativas da Federação Brasileira, alguns setores específicos.

4.1. Nesta linha, pelo art. 21, IX, compete à União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território.”

4.2. Igualmente à União cabe, na moldura da regra do inciso XX do mesmo artigo “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.*”

4.3. Especificamente aos Estados é atribuído, pelo art. 25, § 3º “*instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.*”

4.4. Mas, certamente, papel de especial relevo é reservado aos Municípios, a que, por excelência, está ligada a figura da cidade.

4.4.1. Compete-lhe, por isso, segundo as disposições do art. 30, além de “*legislar sobre assuntos de interesse local*” (nº I), e de “*suplementar a legislação federal e a estadual no que couber*” (nº II); em específico “*promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*” (nº VIII).

4.4.2. Por seu turno, pelo art. 182, § 1º, cabe à Câmara Municipal aprovar, exatamente, o Plano Diretor, que “*é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.*”

4.4.3. O *caput* do mesmo artigo dispõe, a propósito, que essa “*política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.*”

5. A União Federal editou a Lei nº 10.257, de 10.07.01, que, ‘*para todos os efeitos*’, é denominada ‘*Estatuto da Cidade*’ (art. 1º, parágrafo único).

5.1. O objeto do Estatuto é a fixação de diretrizes para a execução da política urbana, de que, sob esse título, trataram os arts. 182 e 183 da Constituição Federal.

5.2. O art. 2º do Estatuto, ao definir o objetivo da política urbana, explicita o de ‘*ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*’, assim como as “*da propriedade urbana*”, enumerando, a seguir, as diretrizes gerais dessa política.

5.3. Por sua vez, o parágrafo único do art. 1º expressa que o Estatuto “*estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.*”

6. Ademais, o Estatuto, em seu art. 3º, enumera, enunciativamente, a competência da União, em sede de ‘*atribuições de interesse da política urbana*’:

“Art. 3º. Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

I — legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;

II — legislar sobre normas para a cooperação entre União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;

III — promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

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

V — elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.”

II — Os Instrumentos da Política Urbana

A) Enumeração

7. Fundamental, o conjunto dos denominados ‘instrumentos da política urbana’.

7.1. A CF já enumera alguns desses instrumentos, utilizáveis pelo ‘poder público municipal’, mas dependentes de disciplina por ‘lei federal’ (art. 182, § 4º): a desapropriação, com pagamento em dinheiro ou em títulos da dívida pública, o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo, o usucapião especial (§§ 3º e 4º do art. 182 e art. 183).

7.2. O Estatuto, em seu art. 7º, em elenco não-exaustivo, arrola esses instrumentos, mencionando as modalidades de planejamento (incisos I a III); inclusive, no nível municipal (nº III), dentre outros, o plano diretor (alínea *a*), a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo (*b*), e o zoneamento ambiental (*c*).

7.3. Cita, ainda, os instrumentos tributários e financeiros (nº IV) — IPTU, a contribuição de melhoria e incentivos e benefícios —; e, o que nos interessa mais de perto, neste estudo, os institutos jurídicos e políticos (nº V), dentre os quais, com a primeira natureza, a par dos constitucionalmente previstos (alíneas *a*, *i* e *j*), situam-se a servidão administrativa (*b*), as limitações administrativas (*c*), a instituição de zonas de interesse social (*f*), a concessão de direito real de uso e a concessão de uso especial para fins de moradia (*g* e *h*), o direito de superfície (*l*), o de preempção (*m*), a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso (*n*), a transferência do direito de construir (*o*), as operações urbanas consorciadas (*p*).

7.4. O § 1º do mesmo art. 7º enuncia — dado fundamental para as conclusões desta análise — que os referidos instrumentos ‘*regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.*’

7.5. Como concebido, a propriedade imobiliária urbana é objeto de regras de Direito Privado, Civil; de Direito Público, Constitucional, Administrativo, Tributário, e de Direito Social, Urbanístico.

7.5.1. Esse conjunto normativo forma, em especial, no que toca à construção no imóvel urbano, o Direito Edilício, vocábulo, esse último, derivado de *edil*, que, em Latim, designava agente público encarregado da fiscalização de edificações; palavra essa última etimologicamente cognata as anteriores, todas oriundas de *aedes*, moradia, templo.

B) A natureza jurídica dos instrumentos e respectiva legislação reguladora

a) Introdução

8. É mister, em face do disposto no citado art. 7º, § 1º, do Estatuto da Cidade, caracterizar a natureza jurídica de cada um dos instrumentos de política urbana, para identificar a ‘*legislação que lhes é própria*’, ou seja, no concernente ao Direito Edilício, o segmento privado, público ou social, este último propriamente o urbanístico; fixando-nos, no presente trabalho, na outorga onerosa do direito de construir e nas concessões urbanísticas.

8.1. A análise parte de considerações básicas sobre o direito de propriedade e seus desdobramentos, os direitos de usar o imóvel urbano e de nele construir.

b) O direito de propriedade

9. O sentido social da Constituição de 1988 em nada abalou a identificação do direito de propriedade privada como direito básico inviolável, elencado, nesta qualidade, pelo *caput* do art. 5º da Carta Política, no mesmo patamar dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e a segurança, de que é cognato.

9.1. Reitera o Texto Magno Nacional, na enumeração dos direitos e garantias fundamentais, constante do mencionado artigo, a garantia ao direito de propriedade — nº XXII —, clausulando-o com uma função social — nº XXIII —, ou seja, com um comprometimento finalístico de não-violação ou de atendimento comissivo ao bem comum, sem que, como é curial, tal comprometimento abale a garantia constitucionalmente assegurada ao direito.

9.2. Reforça, a CF, a garantia à propriedade, ao prescrever, no inciso XXIV do mesmo art. 5º, que sua perda em relação a determinando objeto, e a restrição a seu conteúdo, — o que é fundamental para o presente estudo — só se farão por desapropriação, mediante o devido processo legal, com sua substituição, no patrimônio do expropriando, por justa indenização.

9.3. Pode dizer-se, com tranqüilidade, que, reproduzindo as garantias referentes à propriedade, na moldura tradicional do constitucionalismo brasileiro, a CF de 88 robusteceu esse direito, e, correlatamente, uma das manifestações dele e da liberdade, no campo patrimonial-econômico, que é a livre iniciativa.

9.3.1. As disposições sobre a ordem econômica bem patenteiam essa realidade, eis que o art. 170 da CF explicita, como um dos fundamentos daquela, a “*livre iniciativa*”; e, como um de seus princípios, a “*propriedade privada*” (nº I), gravada, uma vez mais, por sua “*função social*” (nº III), sem quebra, contudo, reiteramos, da garantia de sua substância.

10. É fundamental grifar-se que, quando a CF assegura o direito de propriedade, o faz em sentido amplo, abrangendo os direitos sobre todos os bens patrimoniais, e não, apenas, os que sejam objeto de direitos reais. Direito de propriedade é, portanto, o direito de conteúdo econômico, o direito patrimonial.

10.1. Com efeito, a expressão direito de propriedade admite um sentido lato e um sentido estrito.

10.2. No primeiro, é, como salientado, qualquer direito de conteúdo econômico, qualquer direito que tenha por objeto bens econômicos, isto é, com valor pecuniário.

O patrimônio, como universalidade (art. 91 do CC) abrange *direitos* que se referem a bens econômicos. Assim, direito de propriedade ‘*lato sensu*’ é qualquer direito patrimonial.

Neste sentido, pode dizer-se que, ao invés de ‘*um*’ direito de propriedade, existem ‘*direitos de propriedade*’, reais e pessoais.

10.3. ‘*Stricto sensu*’, o direito de propriedade é o domínio, a propriedade real, o mais amplo dos direitos reais (art. 1.228 do CC), e que engloba, em seu conteúdo, um feixe de direitos, poderes e faculdades, todos de índole patrimonial, e, portanto, todos, direitos de propriedade.

10.4. O direito de propriedade, real, é direito absoluto, isto é, *erga omnes*, e, assim, se inscreve no objeto de relação jurídica aberta, em cujo pólo ativo está o *dominus*, e, no outro, o chamado sujeito passivo total (*n-1*), isto é, as demais pessoas, que têm o dever geral de abstenção, omissivo, de modo a ensejar que o proprietário exerça os seus poderes e faculdades, os direitos que compõem o domínio.

c) Objeto, conteúdo e exercício do direito de propriedade

11. Trataremos da propriedade imobiliária urbana, que, destarte, tem, por objeto, bem imóvel caracterizado pelo art. 79 do Código Civil (art. 43 do CC

de 1916), ou seja, 'o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.'

11.1. Aduza-se o disposto no art. 1.229, pelo qual 'a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e do subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício'

11.2. A abrangência física do bem, objeto do direito de propriedade imobiliária urbana, a sua extensão especial, é básica, eis que o objeto do domínio é, não só coisa, por se tratar de direito real, mas coisa corpórea: avulta, portanto, a corporeidade do objeto, e daí, a importância da sua dimensão concreta. Conjugam-se, em relevância, os aspectos jurídico e material do objeto.

11.3. Em relação à propriedade imobiliária, 'as coisas imóveis são principalmente os terrenos' e o mais que nele se integra (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 4ª ed., 1983, XI: 75). O solo, o terreno, é, pois, o primeiro conceito: sendo 'a área sobre que se podem pôr edifícios ou plantações.'

E explícita que 'há o solo, as outras partes integrantes, as pertenças e as acessões.'

11.4. Aduz Pontes (ib): "Os edifícios aderem — ou, melhor, coerem ao solo (*solo cohaerent aedificia*)."

11.5. É a acessão: *superficies solo cedit*.

O bem imóvel, principal, atrai o móvel, que se faz parte dele. A aquisição da propriedade imóvel por acessão é modo originário de adquirir, e dá-se, dentre outras formas, pela construção, pela edificação, a *inaedificatio*: Código Civil, arts. 1.248, V, e 1.253 e seguintes.

12. Outrossim, como direitos subjetivos que são, os direitos patrimoniais têm o seu conteúdo: encerram poderes, como o de *alienar*, no caso do domínio, o de *ceder*, no caso do direito obrigacional; e faculdades, que traduzem, faticamente (fato e faculdade são cognatos, derivando ambos do mesmo étimo 'fac'), a satisfação do interesse, a que, juridicamente, atende o direito subjetivo.

12.1. O conteúdo do direito, seu conteúdo positivo, marca a sua extensão máxima, define seu objeto, e compõe-se desses poderes e faculdades.

12.2. Pôr seu turno, os atos e fatos praticados pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, são o exercício do direito.

12.2.1. O exercício dá-se, portanto, através de fatos, quando se trata de faculdades, como no caso da realização de obras de restauração de um edifício, efetuadas, pelo proprietário, no imóvel de sua propriedade; ou por atos jurídicos, quando se trata de poderes, como o de dispor, contido no domínio.

13. Referindo-se ao domínio, os arts. 1.196 e 1204 do CC aludem a 'poderes inerentes à propriedade'.

13.1. O art. 524 do Código Civil de 1916 estabelecia que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens", assim como o art. 525 estatuiu que a plenitude da propriedade compreende a reunião, no direito do proprietário, de "todos os direitos elementares" da mesma; direitos esses, reiteramos, de cunho patrimonial, e, portanto, como expressão do direito de propriedade, constitucionalmente garantidos.

13.1.1. Em face do exposto, verifica-se que a dicção do velho Código era melhor do que a do CC vigente, em seu art. 1.228: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou tenha."

13.2. O *usus* (uso), em sua configuração máxima, é, ao lado do *fructus* (gozo) e do *abusus* (disposição), elemento do conteúdo do direito de propriedade: art. 1.228 do Código Civil, citado, segundo o qual é assegurado ao proprietário o direito (fala em 'faculdade') de usar, gozar e dispor da coisa.

13.2.1. Está-se, no primeiro caso, perante o *ius utendi*, que é o direito, do proprietário, de usar a coisa; o direito de dela tirar todos os serviços que pode prestar, dentro das limitações legais, sem que haja modificação em sua substância (Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 400).

13.2.2. O proprietário, que usa, retira da coisa as utilidades, que não os frutos: "Na mesma fazenda, usa-se a casa de moradia e desfruta-se a horta" (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 3ª ed., 1983, XIX: 79).

13.3. Dentre os direitos elementares do domínio imobiliário está o direito de construir, com base no qual, segundo o art. 1.299 o proprietário "pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver", respeitados "o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos".

13.3.1. Sublinhe-se que o construir enquadra-se, *lato sensu*, no usar, já que o fruir, o gozar a coisa é, como se viu, o *ius fruendi*, que confere ao proprietário à pretensão aos frutos, rendimentos e produtos.

14. A propriedade, como instituto jurídico, como direito institucionalizado, tem, na lei, a definição de seu conteúdo. No caso do domínio, a lei é que dá a configuração desses direitos elementares, desse poderes e faculdades.

14.1. No que tange ao conteúdo dos direitos patrimoniais, a União Federal é que é competente para dispor sobre os de índole civil, como é o caso do domínio imobiliário: art. 22, I, da CF.

14.2. Assim, preceituar que o direito de usar e o de construir integram o conteúdo do domínio; ou se o último constitui direito autônomo, é matéria de Direito Civil, e, portanto, da competência legislativa federal privativa.

14.3. Nesta linha, é, da exclusiva alçada federal a fixação do conteúdo de cada um desses direitos elementares da propriedade, com o estabelecimento do respectivo contorno, de seus limites.

14.4. Expressiva, a propósito, a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Introdução ao Direito Ecológico e ao Direito Urbanístico*, Rio, Forense, 1975, p. 94), ao afirmar que, nos termos da legislação civil, e garantida pela CF, o que há, mais do que um *direito de construir*, é uma *liberdade de construir*, nos termos da prescrição do art. 572 do Código Civil de 1916, e do art. 1.299 do de 2002, e, que, como acentua o Autor, declaram “*que o proprietário pode levantar, em seu terreno, as construções que lhe aprouver: o ordenamento jurídico não faz mais que enfatizar uma liberdade — a de construir.*”

14.4.1. No mesmo sentido, o clássico Hely Lopes Meirelles (*Direito de Construir*, São Paulo, RT, p. 14/15), que conclui, categoricamente, que “*a liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações ao direito de construir formam as exceções.*”

15. O conteúdo positivo do direito, como assinalado, marca a sua extensão, define seus elementos integrantes. Os atos e fatos praticados, pelo seu titular, de acordo com tal conteúdo, dentro dessa extensão, constitui o exercício do direito.

15.1. O conteúdo e o exercício, e respectivos limites, da propriedade, são dados pela legislação, não havendo uma noção apriorística imutável dos mesmos. A norma jurídica é que forma o conteúdo, com os poderes e as faculdades. Estabelecendo os contornos do conteúdo, e do exercício, a lei dá os respectivos limites. Quando se opõe a propriedade, como o mais amplo direito sobre a coisa, aos direitos reais limitados, por exemplo, não se quer dizer que o primeiro seja ilimitado: os segundos é que estão circunscritos aos limites do primeiro.

15.2. Podemos identificar um conteúdo positivo, os limites positivos do conteúdo e do exercício do direito; e um conteúdo negativo, seus limites negativos. O conjunto forma o estatuto do direito, como instituto jurídico.

15.2.1. O conteúdo positivo dá a configuração do direito em sua feição máxima, estabelecendo o mais longe possível a que, em tese, pode chegar seu titular.

No caso do domínio, seu titular pode “*usar, gozar e dispor*” (*dominium est ius utendi, fruendi et abutendi*: art. 1.228 do CC). Possuir a coisa, utilizá-la,

fruí-la, destruí-la, gravá-la, aliená-la são poderes contidos, em princípio, no domínio. Há o poder de reaver a coisa de quem injustamente a possua, e o de evitar a ingerência de terceiro. Integram o conteúdo positivo do domínio, igualmente, direitos e pretensões a indenizações, a compensações, como no caso da desapropriação. O direito nuclear do domínio é o direito à substância, que faz com que ele se mantenha, mesmo se a coisa é inalienável, impenhorável.

15.2.2. O conteúdo negativo, ao contrário, marca até onde pode ter lugar a ingerência alheia — pública ou privada — no direito de cada um, ou aonde não pode ir o titular do direito, como, no exercício do poder de construir, do proprietário de terreno, que está submetido ao direito dos vizinhos e aos regramentos administrativos (*art. 1.299 do CC*).

A lei, ao estabelecer limites negativos pode impor ao proprietário um *facere* (o dever de conservação de prédio urbanos, ou seja, a proibição de deixá-los em ruína), um *non facere* (não usar nocivamente a propriedade imobiliária em detrimento dos vizinhos), ou um *pati* (um suportar, um deixar fazer, como a passagem de cabos e tubulações).

15.2.3. Neste último caso, a lei limita o direito do titular, admitindo a ingerência de terceiros na esfera jurídica do primeiro. Fixam-se, nesta hipótese, direitos limitativos em favor daqueles, direitos que diminuem o conteúdo ou a área de exercício respectivo.

Dentre os direitos limitativos, outorgados a alguém, pela lei (emanada do legislador competente para disciplinar o *conteúdo* e o *exercício* de um direito), em detrimento do direito de outrem, há os inteiramente formados, que já se exercitam faticamente, como o do *art. 69 do Código de Águas*; aqueles que se tenham de exercer através de exigência do titular do direito limitado, como na hipótese do *art. 1.285 do CC*; e os que constituem direitos formativos ou potestativos, como os direitos à constituição de outros direitos, de que é exemplo o direito à constituição de *servidão* (*cf. arts. 117 a 138 do C. de Águas*).

15.3. Com esses últimos relaciona-se a noção, básica para o presente estudo, de restrições aos direitos, inclusive à propriedade, ao domínio, ao respectivo exercício, como uma forma de ingerência de terceiros, seja o Poder Público, seja o particular.

15.3.1. A restrição corresponde à suspensão ou a perda definitiva, da capacidade de exercício de algum poder ou faculdade, componente do conteúdo do direito, como produto do exercício, por terceiro, de direito limitativo potestativo restritivo. O elemento perdido ou cujo exercício é suspenso passa a ser elemento de outro direito que surge, o direito restritivo, em favor

do terceiro. Este direito se forma a partir de elemento que está dentro do conteúdo do direito restringido.

15.4. Os limites e os direitos limitativos são estabelecidos *ex lege*, porquanto correspondem à institucionalização dos direitos e de seu exercício, ao estabelecimento de seu estatuto. Daí, o caráter não-indenizável de sua imposição e alterações, em tese. Mas o exercício do direito limitativo, *in casu*, pode, conforme sua espécie, acarretar o pagamento de indenização, como no exemplo citado do art. 1.285 do CC e no da imposição de restrições.

15.4.1. As restrições e os direitos restringentes e restritivos correlatos decorrem de atos concretos, atos de aplicação, correspondentes à execução do exercício do direito limitativo potestativo, até então *in these* estabelecido, do direito restringente, que, daí, nascem, e o fazem já individualizados ou individualizáveis, pois que o ato concreto pode ser especial ou geral (mas, mesmo nesta segunda hipótese, não-normativo). Derivam da prática de negócios jurídicos, por expressão volitiva do titular do próprio direito restringindo; ou, o que nos interessa mais de perto neste trabalho, são impostos coativamente por terceiros, e, neste caso, torna-se necessário que a lei competente estabeleça o conteúdo do direito limitativo potestativo restringente, com a previsão da hipótese em que a imposição da restrição pode ter lugar, sempre mediante indenização.

É interessante observar que o poder, do titular do direito de propriedade, de instituir restrições voluntárias ao mesmo (como constituir servidão no próprio imóvel) é algo que enriquece o seu conteúdo. Já o direito potestativo, de terceiro, de impor, coativamente, a restrição corresponde a uma limitação ao direito restringido.

15.4.2. As restrições e os correlatos direitos restringentes em favor de terceiros reduzem o exercício de elemento do conteúdo do direito restringido (já afetado pela atribuição legal, em tese, do direito limitativo potestativo) por parte dos titulares deste, e que vai compor o objeto do novo direito, do terceiro. Reitere-se que a imposição coativa de restrição, e a criação pelo terceiro, em seu próprio favor, do direito restringente há-de ter, sempre, base em lei federal competente, que confira, àquele terceiro, o direito potestativo a tal imposição, com a obrigação de indenizar o proprietário, como forma expropriativa que é, conforme pormenorizaremos mais adiante.

15.4.3. Os direitos restritivos estão submetidos ao princípio da coexistência, pelo qual nenhum deles tem, por conteúdo, qualquer poder ou faculdade que não estivesse contido no do direito restringido.

Outro princípio relativo às restrições é o da consolidação: extinta a restrição, os poderes e faculdades que a integravam voltam ao titular do direito até então restringido.

15.4.4. Consoante o art. 525 do antigo CC é “*plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no de proprietário; limitada, quando tem ônus real ou é resolúvel*”. Por direitos elementares deve entender-se o conjunto de direitos, poderes e faculdades inerentes ao domínio. Por outro lado, limitada à propriedade sempre é, já que como vimos, seu conteúdo sempre tem limites. Mas a expressão limitada, no artigo citado, está pelo termo restringida, no que toca aos ônus reais.

Esses, os direitos reais limitados, são, por excelência, direitos restritivos, e tornam o domínio restrito, pois que, impostos *in casu*, restringem o exercício de um ou vários daqueles direitos elementares.

15.4.5. Há, reitere-se, direitos limitativos restringentes, e em decorrência, direitos restritivos, públicos e privados, como é o caso das servidões, que podem ser civis ou administrativas.

15.5 A configuração do conteúdo do direito real de propriedade, com seus poderes e faculdades, e respectivos limites positivos e negativos, e direitos limitativos em favor de terceiros, bem como as restrições impostas ao domínio, e os consequentes direitos restritivos, são matéria de Direito Civil, da competência privativa da União (CF, art. 22, I).

16. Mas, ao lado dos limites de conteúdo, e, portanto, dos direitos limitativos do conteúdo da propriedade, em favor de terceiros, inclusive, dos direitos potestativos restringentes destes em relação ao exercício de poderes e faculdades do domínio, com a criação de direitos restritivos, titularizados por aqueles terceiros, desse exercício, existe uma outra figura jurídica, e que é a das limitações, em tese (as restrições são *in casu*) do mesmo exercício.

16.1. Essas limitações, que dizem respeito ao exercício dos elementos contedústicos do direito de propriedade, são, exclusivamente, limitações ao exercício dos direitos (poderes e faculdades) elementares, que compõe o seu conteúdo, não se retirando fator exercitativo, para formar direito restritivo em favor de terceiro, e correspondem a um *facere*, a um *non facere*, a um *pati*.

16.2. O balizamento desse exercício tem um parâmetro genérico, comum a todos os direitos, e que é a regularidade daquele, a traduzir sua licitude, pela legitimidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade; sendo sua face patológica o abuso do direito: só não constitui ato ilícito o “*exercício regular de um direito reconhecido*” (Código Civil, art. 188, I).

16.3. No caso do domínio imobiliário, a União Federal, competente para legislar sobre este direito de caráter civil; ao dispor sobre o respectivo conteúdo, tem em mira possibilitar a coexistência dos vários direitos idênticos, ou conexos, titularizados por diferentes pessoas. Mas já estabelece, outrossim,

limitações a seu exercício, com o fim de viabilizar o coexercício desses mesmos direitos. São limitações institucionais do direito de propriedade.

16.3.1. Assim, no tocante ao uso, o CC, no § 2º do art. 1.228, prescreve: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.”

16.3.2. Outrossim, na proteção dos direitos de vizinhança, o CC cuida do ‘uso anormal da propriedade’, dispendo:

“Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.”

16.3.3. Quanto ao direito de construir, o Código Civil o faz, ressaltando, no já citado art. 1.299, os direitos dos vizinhos, sobre os quais dispõem os arts. 1.277 e seguintes, dentre os quais aqueles referentes ao referido direito de construir.

16.4. Mas, recordemos, uma vez mais, que, pelo art. 1.299 do Código Civil, “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”, aspecto que desenvolveremos mais adiante.

16.4.1. Duas observações cabem, a propósito, nesta altura:

a) as regras limitativas em referência buscam coartar o abuso do direito, que é, em verdade, o abuso do exercício do direito, conforme salientado.

b) o Direito Civil não pode deixar de reconhecer que, em sede de exercício, além das limitações institucionais que ele é que impõe, existem aquelas que emanam da regulação administrativa.

16.4.2. Reproduzamos, a propósito, a lição de PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*, São Paulo, RT, 4ª ed., 1983, XIII: 378), que preleciona que, na regra do art. 1.299 do CC, logo ressaltam tese e antítese: cada um, no seu terreno, constrói o que entende, como entende e quando entende (é a liberdade de construir, enfatizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e por Hely Lopes Meirelles, conforme já salientado) (tese); o interesse ‘dos vizinhos’ — e não de ‘cada vizinho’ — e o interesse público têm de ser atendidos (antítese).

16.4.3. O Código Civil, ao mesmo tempo que afirma o poder de construir, limita o seu exercício, em prol dos interesses dos demais proprietários e o

interesse público: assim, os direitos dos vizinhos e a normatividade administrativa limitam o exercício desse poder.

17. Não é, apenas, portanto, o Direito Civil que trata das limitações ao exercício do direito de construir, dos direitos elementares do domínio imobiliário.

17.1. O Código Civil, no mesmo art. 1.299, ressalva, grife-se, novamente a incidência, no caso, dos “*regulamentos administrativos*”, isto é, da legislação — leis e atos administrativos regulatórios — de Direito Administrativo, e portanto, de Direito Público. São as limitações administrativas, ligadas ao poder de polícia administrativa. E, destarte, limitações ao exercício do poder de construir, impostos a título diverso daquele que as impõe o Direito Civil.

17.2. A própria União, o Estado, o Distrito Federal e o Município estabelecem limitações de polícia ao exercício do uso do imóvel e do direito de construir, limitações que decorrem da necessidade de salvaguardar interesses públicos cuja tutela é distribuída por essas várias pessoas políticas, já agora sob outro fundamento que não seja o de estabelecer o estatuto básico do direito de propriedade. São interesses, como a higiene, os bons costumes, a segurança, a tranqüilidade comunitária. Na medida em que o exercício dos direitos interfere com tais interesses, a pessoa política competente pelo respectivo velamento, exerce seu poder de polícia administrativa.

Daí, na definição de poder de polícia, por seu art. 78, o Código Tributário Nacional aludir à disciplina do direito, interesse ou liberdade, mas na regulação da prática de ato ou na abstenção de fato, em razão de interesses públicos, como os concernentes à segurança, à higiene, ao respeito à propriedade, a direitos individuais e coletivos, ao exercício de atividades econômicas dependentes de autorização.

17.3. As limitações administrativas provêm do Direito Federal ou do Local (Estadual, Distrital, Municipal), nos lindes das respectivas atribuições constitucionais; de acordo, portanto, com o interesse salvaguardado. Há hipóteses de competência privativa (CF, arts. 22 e 30), de competência comum (art. 23) e de competência concorrente (art. 24).

Mesmo quando emanam do legislador federal, porque competente em ambas as áreas, distinguem-se, pelas razões expostas, de um lado, os contornos de conteúdo e as limitações institucionais do direito real de propriedade, de Direito Civil; e, de outro, as limitações de exercício, de Direito Administrativo.

17.4. Quanto a essas últimas, primeiramente tudo se passa em nível normativo, por meio da edição de normas legais e de atos regulatórios administrativos, dispondo sobre a proteção dos interesses a serem preservados, e disciplinando, em consequência, o exercício dos direitos.

Essa normatividade de polícia traduz-se em limitações de direito público, as chamadas limitações administrativas, de Direito Administrativo, elencadas no art. 4º, V, c, do Estatuto da Cidade, como um dos instrumentos da política urbana.

17.5. Mas o poder de polícia administrativa não se manifesta, apenas, por intermédio de atos normativos, mas também, necessariamente, por atos de realização, de concretização do Direito.

Os primeiros, os normativos, estabelecem condições gerais de exercício do direito e disciplinam o modo de atuação das autoridades administrativas.

Os últimos, os de execução, concretizam situações jurídico-administrativas, quer permitindo a atividade privada (autorizações, permissões, licenças); quer determinando a conduta individual (ordens, exigências administrativas); quer vedando alguma atividade (proibições).

É mister, porém, gizar que os atos de execução podem ser especiais, com destinatários já individualizados; ou gerais, cujos destinatários não são, desde logo, nominados, mas são individualizáveis.

17.6. Esses atos, mais os repressivos, aplicáveis no caso de ilicitude, de violação das regras e dos atos executivos de polícia, objetivam o atendimento legítimo, pelo administrado, do interesse público cuja preservação se procura. Esse tópico é relevante: o interesse público a ser atendido é específico e individualizado, e é condicionador da finalidade do ato administrativo (que, se praticado com outro fim, será inválido, por desvio de poder) e da atuação adequada do jurisdicionado, sob pena de ilicitude da mesma.

18. Nas limitações administrativas, o que prevalece é o balizamento, a bitolação, objetivando o respeito ao exercício do direito, pelo administrado, à preservação de determinado interesse sob a provedoria pública; exercício esse feito, é claro, com regularidade, sem abuso, sem ilicitudes, mas, principalmente, sem desvios do comprometimento com a prevalência daquele interesse determinado. Percebe-se, com facilidade, que, já em sede de limitação administrativa, está presente o gravame da função social da propriedade.

18.1. Se o que há é o balizamento do exercício de um direito subjetivo, deve a limitação administrativa, como toda limitação, ser a menos gravosa possível, no balanceamento, em termos de ação ou inação, entre, de um lado, o direito do proprietário, e, de outro, o interesse público.

18.2. Sublinhemos que as limitações de exercício da liberdade de construir não-de obedecer aos festejados princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, básicos e tradicionais no campo do poder de polícia administrativa, pela necessária pertinência, que deve presidir essa parcela da função administrativa, com o fim almejado.

18.3. Ademais — e este é outro ponto básico —, embora previstas essas limitações genericamente, há-de se dar espaço para sua adequação ao caso concreto.

Destarte, no sopesamento de interesses — e o Direito se concebe e se realiza neste permanente processo de composição, de harmonização de interesses —, entre, de um lado, o direito privado, subjetivo, constitucionalmente garantido, do proprietário, e, em princípio, de exercício pleno; e, de outro, o interesse público, traduzido em limitações, genericamente estabelecidas, há-de se abrir, efetivamente, lugar para a aferição individualizada, no caso concreto.

19. Mas, assim como a noção do poder de polícia é, hoje, insuficiente para esgotar a regulação da atividade econômica, e, daí, o surgimento do Direito Econômico, como ramo do Direito Social; igualmente, no campo edilício, àquele poder, ainda existente e operante (por exemplo, no que diz respeito à segurança das edificações em termos de medidas em relação a incêndio) se aglutinaram os instrumentos específicos de mais uma ramificação do *ius sociale*, o Direito Urbanístico, que incorporou alguns institutos, como o zoneamento, originalmente tidos como expressão do poder de polícia; mas ramo jurídico esse que se formou com o acréscimo de outras categorias jurídicas.

Aliás, ambos esses novos segmentos jurídicos — o Econômico e o Urbanístico — estão nominalmente contemplados no art. 24, I, da CF, objeto da competência legislativa concorrente, entre União, Estados e Distrito Federal, a que se aglutina a competência municipal, nos termos do art. 30, I, II e VIII.

19.1. Cumpre assinalar, neste passo, que o nosso Direito Constitucional, a partir da Constituição Federal de 1934, tem dado uma função social à propriedade, que traduz o sentido global do seu conteúdo e do seu exercício, e dos respectivos limites. Aquela Carta, em seu art. 113, nº 17, prescrevia que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. O art. 147 da CF de 1946 estatuiu que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social. A de 67/69 (art. 157, III, da redação original: art. 160, III, pela Emenda Constitucional 1/69) erigia a função social da propriedade como princípio básico da ordem econômica e social, que, por seu turno, tinha '*por fim realizar a justiça social*'.

A Constituição de 1988, conforme já assinalado, é prenhe de referências à função social da propriedade: arts. 5º, XXIII; 170, III, 182, § 1º e 186.

19.1.1. A função social da propriedade dá a essa um comprometimento finalístico, que, a par de condicionar a atuação do proprietário, leva, especificamente, a que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem-comum.

A função social da propriedade corresponde a uma concepção ativa, comissiva do uso da propriedade.

19.1.2. O Direito Brasileiro sempre ostentou limitações comissivas, omissivas e passivas à propriedade. Mas há uma grande distância, foi dado um gigantesco passo, entre, de um lado, as limitações em favor de vizinhos, como se vê no Código Civil, e aquelas em benefício dos interesses protegidos pelo poder de polícia administrativa, e as obrigações de fazer, em favor da comunidade em geral, em nome do bem-comum, do interesse social.

19.1.3. Na síntese de Duguit, '*todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função, na razão direta do lugar que nela ocupa*'. E aos poderes do proprietário se somam deveres seus perante a comunidade na qual ele se integra.

19.1.4. Assim, se há a propriedade, como direito real, direito absoluto, que se inscreve, em relação jurídica aberta, em cujo pólo ativo está o *dominus* e, no outro, o chamado sujeito passivo total (*n-I*), isto é, as demais pessoas, que têm o dever geral de abstenção; com a função social da propriedade, passamos a ter o sujeito ativo total, cabendo ao proprietário obrigações comissivas, cujo cumprimento atende a interesses sociais.

19.2. Como se cuida de ramo do Direito Social, as normas de Direito Urbanístico '*regulam o uso da propriedade urbana*', com fins sociais (parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade), dando conteúdo pleno à função social da propriedade (art. 2º).

Toma a propriedade imobiliária no contexto social da cidade, da *urbs*.

19.3. Os sujeitos de direito, no Direito Urbanístico, não são indivíduos privados; mas habitantes de uma cidade; ou que nela estão de passagem; são proprietários, possuidores, posseiros, invasores, favelados, em espaços particulares ou públicos; estão, pois, agem, portanto, no universo citadino, no qual se estabelecem as relações jurídicas entre si e com o Poder Público.

19.4. Impossível omitir o papel fundamental deste, como agente do Direito Social, na proteção dos mais frágeis, e na ordenação, na regulação dos relacionamentos inter-humanos, e do exercício de direitos, no tocante ao espaço urbano.

19.4.1. Daí, a CF, em seus arts. 21, IX e XX; e 30, VIII; e 182, § 1º; e o Estatuto da Cidade, no art. 2º, todos empregarem a dicção '*ordenação do território urbano*', '*das funções sociais da cidade*', envolvendo a regulação do uso da propriedade urbana, a englobar a edificação, a habitação, a circulação, o trabalho, o lazer, a higidez ambiental. Seu objeto é a adequada contextualização urbana.

19.5. Pelo Direito Urbanístico, o exercício de propriedade imobiliária urbana, no atendimento da condicionante da função social da propriedade, pode consistir, até mesmo, numa obrigação, tanto que o Poder Público municipal pode impor a edificação compulsória ao proprietário do solo urbano, na moldura do art. 182, § 4º, e seu inciso I, da CF, de modo a atender a utilização para a qual está vocacionado o imóvel cidadão.

20. O direito de usar o imóvel urbano, objeto do direito de propriedade, albergando o de construir, e que deita suas raízes, conforme visto, no Direito Civil, e se desdobra no Direito Administrativo — mediante o poder de polícia administrativa, regulatório e de concretização —, e no Direito Urbanístico — na ordenação dos espaços urbanos — é objeto, destarte, de um conjunto normativo híbrido.

20.1. A configuração desse complexo normativo tem base nos elementos antes analisados, dentre os quais destacamos os que se seguem, na medida em que interessam, mais de perto, ao direito de usar e de construir, como integrantes da propriedade imobiliária:

a) a raiz civil desses direitos, com o sentido de liberdade de usar e de construir;

b) sua natureza de direitos patrimoniais, expressão de direito de propriedade que são, constitucionalmente garantido;

c) seu comprometimento finalístico, em razão da função social da propriedade;

d) o cumprimento dessa função, no tocante à propriedade imobiliária urbana, quando atendidas as exigências do Plano Diretor municipal;

e) as limitações e condicionamentos administrativos e urbanísticos a esses direitos, que não-de ser os menos gravosos possíveis; e o são de seu exercício, e não de seu conteúdo, a envolver a edição de leis, de atos administrativos regulatórios e a prática de atos administrativos de realização do direito, sempre com adequação ao caso concreto, inclusive autorizações e licenças, que permitem a prática de fatos, o exercício de atividades que, sem sua cobertura, seriam antijurídicos, funcionando, a autorização e a licença, como pré-excludentes de antijuridicidade.

C) O abrangente campo do Estatuto da Cidade

21. É nesta moldura que se encaixa o Estatuto da Cidade, com sua natureza vária e seu conteúdo multifário.

22. Associa, o Estatuto, os instrumentos políticos e os jurídicos, todos a serviço da política urbana, de sua execução, a qual tem por objetivo, conforme já citado, '*o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade*', como um todo, e, especialmente, '*da propriedade urbana*' (art. 2º).

22.1. Dentre os institutos jurídicos, agrupa, outrossim, categorias de Direito Civil, quando elenca direitos reais limitados, em propriedade alheia, e, portanto, direitos restringentes da propriedade, como a concessão de direito real de uso; de Direito Administrativo, quando se refere às limitações administrativas; e, especificamente, de Direito Urbanístico, ao dispor sobre institutos que se relacionam com a função social da propriedade, e, conseqüentemente, de poder que lhe é inerente, o de uso, abrangente do de construir, como é o caso do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

22.2. Em sede, portanto, de competência legislativa da União, estão envolvidos os permissivos dos arts. 21, XX; 22, I e II; 23 (vários incisos); 24, I, VI e VII; 182, e § 4º, e 183.

--oOo--

A liberdade é a faculdade de não obedecer a outra lei que não seja aquela a que o cidadão prestou o seu consentimento.

KANT (*Metafísica dos Costumes*)