

Parecer

A consulta

O Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano — CNDU — órgão do Ministério do Interior, responsável pela proposição e implantação da política nacional de desenvolvimento urbano, por intermédio de seu ilustre secretário-executivo, arquiteto Militão de Moraes Ricardo, expõe e a final indaga o seguinte:

Os dados estatísticos do Brasil, hoje, mostram que 2/3 da população vive nas cidades. Em consequência, os problemas urbanos, tradicionalmente cuidados pelos municípios, tomaram tal dimensão e extensão que apresentam múltiplas facetas que escapam à capacidade de atuação dessa esfera de poder. Torna-se, assim, imprescindível a edição de legislação federal que oriente o desenvolvimento urbano e disponha sobre os instrumentos básicos indispensáveis à atuação dos estados e municípios. Com essa finalidade, o CNDU está elaborando um Anteprojeto de Lei de Desenvolvimento Urbano, a partir de estudos feitos por sua secretaria-executiva.

O estudo em questão recebeu algumas críticas e sugestões, quer de órgãos governamentais, quer de entidades privadas, especialmente as ligadas ao setor imobiliário urbano. Apresentadas as críticas e sugestões ao CNDU, determinou este, em reunião de 7 de abril do corrente ano, a criação de um grupo de trabalho, constituído por representantes dos ministérios e empresas que o integram, e pelos conselheiros de nomeação do presidente da República, com a finalidade de discutir os documentos existentes e apresentar nova minuta do anteprojeto, para posterior deliberação do Conselho.

Durante as discussões sobre o anteprojeto, no grupo de trabalho e no plenário do Conselho, surgi-

ram dúvidas quanto à competência de União para legislar sobre desenvolvimento urbano, quanto à constitucionalidade de alguns dos dispositivos propostos e quanto à jurisdição da inclusão de normas programáticas no texto da lei, razão pela qual a secretaria-executiva, desejando respaldar a decisão do Conselho sobre a matéria, anexa o anteprojeto e solicita-nos parecer jurídico que possa elucidar os seguintes quesitos:

1º) Possui a União competência para legislar sobre normas gerais de desenvolvimento urbano?

2º) Há, no anteprojeto, algum dispositivo que ofenda o direito de propriedade, garantido no art. 153, § 22, da *Constituição federal*?

3º) A inserção, no anteprojeto, de dispositivos referentes a objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano é admissível do ponto de vista jurídico?

4º) A composição do Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano, com órgãos estaduais e municipais, constitui ofensa à autonomia dos estados e municípios?

As respostas aos quesitos formulados exigem algumas considerações prévias sobre a competência estatal em matéria de urbanismo, sobre função social da propriedade e sobre a eficácia das normas programáticas, para o perfeito enquadramento da questão e a exata fixação dos pontos a esclarecer.

É o que faremos a seguir.

A competência estatal em assuntos urbanísticos

1. A *Constituição federal*, desde a Proclama-

ção da República, adotou o sistema de competências enumeradas ou poderes reservados, vale dizer, discriminou as atribuições da União, deixando as remanescentes para os estados-membros. Tais reservas, entretanto, como declara a própria *Constituição*, podem ser expressas, implícitas ou explícitas. São reservas 'expressas' as que constam literalmente do texto constitucional; são 'implícitas' as que defluem necessariamente dos princípios gerais adotados pela *Constituição*; são 'explícitas' as que resultam, como conseqüência lógica, de um poder expresso.

Em síntese: competem à União todos os poderes que lhe são reservados pela *Constituição federal* (v.g. arts. 8º, 12, 22, e 155) e mais os que são inerentes à soberania nacional e ao regime federativo; sobram para os estados-membros os poderes próprios de sua autonomia (art. 13) e mais os não reservados à União; e cabem aos municípios os poderes que lhes são assegurados pela Lei Maior. Assim, na interpretação da *Constituição*, se há de observar não só o que está dito expressamente no texto, como também o que está subentendido no contexto, como 'poderes implícitos' e 'explícitos' da União ou das entidades menores.

Já dissemos que "o conceito de urbanismo evoluiu do estético para o social. Nos seus primórdios fora considerado unicamente arte de embelezar a cidade — *embelir la ville* — segundo a expressão dos precursores da escola francesa. Posteriormente, o conceito francês foi superado pela concepção inglesa do desenvolvimento integral dos recursos da área planificada, visando à unidade fundamental entre a natureza e o homem — *unity of Nature and Mankind* — aproximando e relacionando a cidade e o campo para obtenção do bem-estar da coletividade em todos os espaços habitáveis". Por isso, definimos 'urbanismo' como "o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade". Assim, o urbanismo é incumbência de todos os níveis de governo e se estende a todas as áreas da cidade e do campo, onde as realizações humanas ou preservação da natureza possam contribuir para o bem-estar individual e coletivo. Mas como nas cidades concentram-se as populações, as medidas urbanísticas afetam principalmente as suas áreas, visando oferecer o maior bem para o maior número, objetivo supremo do moderno urbanismo (conforme nosso Direito municipal brasileiro. 4.ed., RT, 1981, p.424 e segs.).

Tradicionalmente, cabia aos municípios cuidar dos problemas urbanos. Isto quando as cidades viviam praticamente isoladas territorialmente, com poucos contatos entre si. Com o desenvolvimento industrial e o conseqüente crescimento urbano, a intensificação do comércio e o paralelo aumento das

comunicações interurbanas, a crescente migração das populações rurais para as cidades — todos esses fatores, ligados que estão ao desenvolvimento econômico do país, fizeram da urbanização um dos fenômenos mais característicos de nosso tempo. Lous Jacquignon chega a dizer que "a urbanização é uma das características essenciais da época contemporânea e sustenta facilmente comparação com as duas outras manifestações marcantes que são, atualmente, a conquista do espaço (sideral) e a domesticação da energia atômica. Pode-se adiantar que a urbanização é o fenômeno mais importante da segunda metade do século XX" (*Le droit de l'urbanisme*, Eyrolles Editeur, Paris, p.1).

Evidente, pois, que problema de tal magnitude, com inegáveis repercussões no campo do desenvolvimento econômico do país, não pode estar circunscrito ao âmbito de competência exclusiva do município. Por isso, já dissemos e repetimos que "os assuntos urbanísticos são da competência simultânea das três entidades estatais (União, estados-membros e municípios) porque a todas elas interessa a ordenação físico-social do território nacional. A dificuldade está em delimitar as atribuições da União, dos estados-membros e dos municípios, num campo de contornos mal definidos, sobre o qual convergem os interesses dos três níveis de governo", (conforme nossa obra citada, p.435 e segs.).

Lamentavelmente, a nossa *Constituição* é omissa sobre urbanismo, não contendo nenhuma disposição específica sobre o assunto, quando outros países já o consideram em seu texto constitucional e o disciplinam sistematicamente na legislação ordinária. Por essa razão é que sugerimos ao eminente deputado Néelson Marchesan a apresentação de Emenda Constitucional, incluindo entre os poderes expressos da União a competência para legislar sobre normas gerais de desenvolvimento urbano (Projeto de Emenda 19/77). Isto não quer dizer, entretanto, que a União já não tenha competência implícita para fazê-lo, o que decorre da interpretação de alguns dispositivos esparsos de matérias de interesse urbanístico.

Com efeito, a *Constituição* vigente atribui competência à União para planejar e promover o desenvolvimento e a segurança nacionais (art.8º, V); para estabelecer o plano nacional de viação (art.8º, XI); para organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações (art.8º, XIII); para estabelecer e executar planos nacionais de saúde, bem como planos regionais de desenvolvimento (art.8º, XIV); para legislar sobre direito civil (art.8º, XVII, b) e normas gerais de defesa e proteção da saúde (art.8º, XVII, c). Declarou mais a *Constituição* que a ordem econômica e social tem por finalidade realizar o desenvol-

vimento nacional e a justiça social, com base, dentre outros princípios, na função social da propriedade (art. 160, III); institucionalizou as regiões metropolitanas (art. 164); disse que a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola das terras sujeitas às intempéries e calamidades, e que o mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do governo (art. 127); declarou que o amparo à cultura é dever do poder público em geral e colocou sob a proteção de todas as administrações os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas (art. 180 e parágrafo único).

Essas prescrições constitucionais, conquanto esparsas e sem a precisão e sistematização desejáveis, permitem, contudo, com o auxílio dos princípios interpretativos já aludidos, possamos afirmar caber à União editar normas gerais de urbanismo e elaborar o plano nacional de urbanismo.

Cabendo constitucionalmente à União estabelecer os planos nacionais de desenvolvimento, de viação e de saúde, cabe-lhe também organizar o plano nacional de urbanismo, ou plano nacional de desenvolvimento urbano, que lhes é conexo e complementar. De fato, os problemas de desenvolvimento, trânsito, transporte e saúde pública, de âmbito nacional, entrosam-se com os seus correspondentes no plano estadual e no municipal, principalmente no que concerne à ordenação dos espaços habitáveis, assunto tipicamente urbanístico. Diante dessa realidade, conclui-se que a União, tendo competência expressa para elaborar aqueles planos nacionais, tem competência implícita para traçar o plano geral de desenvolvimento urbano, ao qual irão ajustar-se os planos estaduais que, por sua vez, serão integrados pelos planos municipais. Desse modo, a planificação urbanística cobrirá todo o território nacional, sem ofensa à autonomia dos estados-membros e municípios, formando um sistema harmônico e funcional.

Do mesmo modo que cabe à União legislar originariamente sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde, compete-lhe editar normas gerais de desenvolvimento urbano, para todo o território nacional. A defesa e proteção da saúde não se obtém somente através de providências higiênicas e profiláticas; resultam do conjunto de medidas sanitárias e urbanísticas que se ajudam e se completam, para a consecução do mesmo objetivo: o bem-estar social. As normas sanitárias vivem em simbiose com as imposições urbanísticas; faltando umas, fenecem as outras ou, pelo menos, perdem muito da sua eficácia.

Aliás, a esse respeito, a União já vem estabelecendo normas gerais de caráter urbanístico, ao dis-

por sobre as diretrizes básicas para o 'zoneamento industrial' nas áreas críticas de poluição, determinando a adoção de 'esquema de zoneamento urbano' para a compatibilização das atividades industriais com a proteção ambiental; 'a classificação das zonas' de uso estritamente industrial, predominantemente industrial e diversificado; 'a vedação', nas zonas de uso estritamente industrial, de quaisquer outras atividades não essenciais às suas funções básicas; 'a discriminação' de atribuições dos estados e municípios etc. (lei 6.803, de 2 de julho de 1980. Essa lei está a demonstrar a estreita relação existente entre as normas de proteção à saúde e as normas urbanísticas.)

Por outro lado, cabendo à função urbanística a ordenação dos espaços habitáveis, há, necessariamente, de interferir com o direito de propriedade privada. Ora, competindo à União legislar exclusivamente sobre direito civil, a atividade urbanística dos estados e municípios fica, em grande parte, condicionada aos preceitos federais relativos à propriedade urbana.

Compete, portanto, à União estabelecer as diretrizes básicas (normas gerais) para a compatibilização do direito de propriedade individual, expressamente garantido no art. 153, § 22, da *Constituição federal*, com a sua função social, estabelecida no art. 160, III, do mesmo estatuto, especialmente no que concerne aos problemas do desenvolvimento urbano.

A esse propósito, pode-se afirmar, também, que a competência da União decorre de seu poder de regulamentação da 'função social da propriedade', como um dos princípios básicos da ordem econômica e social, e expressamente previsto no art. 160, III, da *Constituição federal*.

Sem dúvida, é nas cidades que se manifestam as maiores tensões da vida moderna, causadas, sobretudo, pela falta de moradias, com a conseqüente invasão de terrenos vazios; por habitações subnormais (favelas, cortiços); pelas dificuldades de transportes coletivo; pela proliferação dos loteamentos clandestinos; pela ausência de equipamentos básicos; enfim, por uma série de dificuldades bastante conhecidas. Ora, boa parte delas estão ligadas ao direito de propriedade privada, como tal concebido pelo *Código civil* de 1917. Ainda que se admita a imposição de limitações urbanísticas, não tem sido elas suficientes para encaminhar a solução dos problemas urbanos. Forçoso é reconhecer, em nome do urbanismo moderno, 'a necessidade de a União estabelecer as normas gerais regulamentadoras da função social da propriedade imobiliária urbana'. Essas normas virão balizar a atuação dos estados e, especialmente, dos municípios, na imposição das medidas urbanísticas indispensáveis à melhoria das con-

dições de vida nas cidades. Por isso, de há muito reclamamos ser “de toda conveniência que a União promulgue um *Código nacional de urbanismo*, em harmonia com o *Código nacional da saúde* e com os ‘planos nacionais’, no qual estabeleça os lineamentos do urbanismo brasileiro, fixando princípios científicos e diretrizes técnicas para a ação estadual e municipal” (conforme nosso Direito municipal brasileiro, citado, p.438).

Do exposto, conclui-se que a União tem ‘poderes implícitos’ para editar normas gerais de desenvolvimento urbano. Essa competência não está explicitada na *Constituição*, mas decorre dos princípios que ela adota e de outras atribuições expressamente consignadas em seu texto, como acabamos de ver.

Do mesmo entendimento participa o ilustre constitucionalista professor José Afonso da Silva, ao abordar o tema em recente monografia. Depois de invocar variados argumentos, assemelhados aos já expendidos, conclui enfaticamente: “Disso tudo decorre, a nosso ver, fundamento para reconhecer à União competência implícita para estabelecer normas gerais urbanísticas” (Direito urbanístico brasileiro, *RT*, 1981, p.81).

Evidente que a aceitação da Emenda Marchesan — outorgando competência expressa à União para legislar sobre normas gerais de desenvolvimento urbano — teria facilitado a legislação federal, sem as dificuldades inerentes ao exercício de uma competência implícita. Pois, lamentavelmente, a inexistência de um poder expresso serve, comumente, para justificar a omissão ou a inércia da legislação federal.

Note-se contudo que, quando falamos em competência da União para legislar, convém lembrar que não lhe cabe subordinar a atividade urbanística dos estados-membros e municípios às suas repartições administrativas, como é muito do agrado do poder central. O que a *Constituição federal* atribui à União é a faculdade de ‘legislar’ sobre ‘normas gerais’. Legislar é editar regras gerais de conduta; não é intervir executivamente nas entidades federadas, ou nos municípios, impondo padrões estandarizados nos mais mínimos detalhes. O que se reconhece à União é a possibilidade de estabelecer normas gerais de urbanismo, vale dizer, imposições de caráter genérico e de aplicação indiscriminada em todo o território nacional. Ultrapassando esses limites, a ação federal atentará contra a autonomia estadual e municipal, e incorrerá em inconstitucionalidade.

O conteúdo das normas gerais de desenvolvimento urbano

O conceito de norma geral já foi muito discu-

tido na doutrina (conforme Rubens Gomes de Souza, Normas gerais de direito financeiro, in *RF* 155/21; Carvalho Pinto, Normas gerais de direito financeiro, publicação da prefeitura municipal de São Paulo, 1959; Aliomar Baleeiro, Normas gerais de direito financeiro, in *Finanças em Debate*, Fascículo I; Geraldo Ataliba, Normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios, in *RDP* 10/55; José Afonso da Silva, obra citada, p.77 e 78). Para nós, ‘norma geral é a que estabelece princípios ou diretrizes de ação e se aplica indiscriminadamente a todo o território nacional’.

A norma geral pode ter três objetivos diversos: fixar diretrizes de ação ao legislador federal, estadual e municipal (é o que o professor José Afonso chama de ‘direito sobre direito’, obra citada, p.78); assentar regras de atuação de maneira a prevenir possíveis conflitos de atribuições entre as entidades estatais, nos assuntos de competência concorrente; e estabelecer determinados preceitos válidos para todo o território nacional e de observância obrigatória pelos órgãos e agentes públicos e particulares.

Com base nessas premissas, devemos considerar agora qual o conteúdo das normas gerais de desenvolvimento urbano. Para tanto, é indispensável voltar ao exame do cenceito de urbanismo.

Já vimos que os objetivos do urbanismo evoluíram do estético para o social, da cidade para o território, de maneira a abranger todas as áreas da cidade e do campo, onde as realizações humanas ou a preservação da natureza possam contribuir para o bem-estar individual e coletivo.

Como, entretanto, as cidades não se encontram isoladas entre si, mas fazendo parte de uma rede regional e nacional, com fortes inter-relações com o desenvolvimento econômico do país, segue-se que o conceito de urbanismo ampliou-se para abranger a ordenação de todo o território nacional. Para muitos autores, a ordenação da cidade já não é senão uma parte do urbanismo, porque o objetivo deste passou a ser a distribuição dos fatores econômicos e dos núcleos urbanos de forma a obter a melhor utilização do espaço nacional (Antonio Carceller Fernandez, *Instituciones de derecho urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, p.35). Para García de Enterría, assistimos hoje ao desenvolvimento de um verdadeiro ‘macroubanismo’, em escala nacional e até mesmo, numa antevisão do futuro, em escala internacional (*Apuntes de derecho urbanístico*, Madrid, 1968, p.321).

Sem chegar a tais extremos, lícito é concluir que o urbanismo, no seu conceito atual, compreende aspectos relativos à melhor utilização do espaço nacional (estruturação da rede nacional de cidades); aspectos referentes à maior integração da cidade e

do campo e à preservação do meio-ambiente; e, especialmente, à ordenação do crescimento da cidade. Daí por que se prefere falar em 'normas de desenvolvimento urbano', como o fez o Anteprojeto ora em estudo, do que em normas de urbanismo. O seu conteúdo, porém, é o mesmo.

Com essa mesma orientação, José Afonso da Silva escreve: "São normas gerais urbanísticas aquelas que fixarem os princípios e diretrizes para o desenvolvimento urbano nacional, estabeleçam conceitos básicos de sua atuação e indiquem os instrumentos para sua execução, reputando-se 'desenvolvimento urbano' a ordenada criação, expansão e renovação de núcleos populacionais" (obra citada, p.83).

O Anteprojeto em exame possui dois capítulos bem característicos de normas gerais de desenvolvimento urbano: o capítulo II — "Da urbanização", e o capítulo III — "Da promoção do desenvolvimento urbano".

No primeiro deles, o Anteprojeto começa por definir o que constitui atividades de urbanização: o parcelamento ou remembramento do solo para fins urbanos, a implantação de equipamentos urbanos e comunitários, e a construção destinada a fins urbanos; para, em seguida, fixar a competência do município a fim de autorizar ou licenciar essas atividades, ressalvada, entretanto, a competência do estado-membro ou da União, quando se tratar de equipamento urbano de grande porte, de interesse supramunicipal (art. 3º e parágrafos). Estabeleça ainda alguns caracteres da licença para edificar (arts. 5º, 8º e 9º), mas deixando ao município, como é correto, a sua regulamentação.

Nesse mesmo capítulo — "Da urbanização" — o art. 4º determina os critérios a serem seguidos pelo município para a delimitação das áreas urbana e de expansão urbana, como tem sido tradição em nosso direito (conforme *Código tributário nacional*, art. 32; decreto-lei 271/67, art. 1º, § 3º).

A fixação de critérios para distinguir o que é terra urbana, ou destinada a fins urbanos, da rural, é precisamente um dos objetivos da norma geral urbanística. Como se poderá traçar diretrizes para o desenvolvimento urbano, sem que se saiba o que é urbano?

Não obstante, esse mesmo artigo contém duas outras determinações que nos parecem de manifesta 'inconstitucionalidade'. Trata-se da obrigatoriedade de submeter à "anuência prévia da autoridade metropolitana", ou da "autoridade estadual competente", a delimitação das áreas urbana e de expansão urbana dos municípios integrantes de região metropolitana ou de aglomeração urbana (art. 4º, §§ 3º e 4º). Esses municípios deverão fixar os

seus perímetros urbanos de conformidade com as diretrizes do planejamento metropolitano e regional, mas não poderão depender, para a prática de um ato legislativo que lhes é privativo, da concordância prévia do estado ou da autoridade metropolitana.

Ainda nesse mesmo capítulo, o Anteprojeto contém preceitos de grande alcance para a preservação do patrimônio histórico, artístico, arqueológico e paisagístico, permitindo ao proprietário do imóvel objeto da preservação a transferência dos seus eventuais direitos de construir, de acordo com o que estabelecer a lei municipal (arts. 10 e 11).

Alguns municípios estão procurando regular o assunto em sua legislação — como o projeto ora em estudo em São Paulo —, mas tendo surgido dúvidas quanto à sua constitucionalidade, por se tratar de matéria ligada ao direito de propriedade, é de toda a conveniência que a norma federal assente as bases dessa nova figura jurídica.

Finalmente, o art. 12 desse capítulo contempla as áreas de interesse especial, de maneira a fixar a orientação a ser seguida para a sua criação, mediante leis específicas das entidades estatais competentes.

No capítulo III — "Da promoção do desenvolvimento urbano" — o Anteprojeto procura explicitar as atribuições da União, dos estados e dos municípios, em matéria urbanística.

Sem dúvida, é a *Constituição* que estabelece a competência das três entidades estatais que compõem a nossa Federação. E nenhuma lei, complementar ou ordinária, poderá modificar a distribuição constitucional de competências. Isto não quer dizer, contudo, que a lei nacional, tratando de matéria de competência concorrente, como é a 'promoção do desenvolvimento urbano', não possa explicitá-la, com a finalidade de eliminar, ou ao menos diminuir, os eventuais conflitos entre as três entidades estatais.

Por mais rígida e datalhada que seja a repartição de competências feita na *Constituição*, dificilmente serão evitados conflitos de interpretação entre as entidades estatais ou entre estas e os indivíduos. Geraldo Ataliba, em primoroso estudo sobre normas gerais de direito financeiro e tributário e autonomia dos estados e municípios, diz bem que "a rigidez do sistema constitucional tributário por si só, muitas vezes, não é bastante para obviar os conflitos de competência entre as pessoas tributantes e os dissídios tributários com os contribuintes" (Artigo in *RDP* 10/45). Daí a previsão constitucional da necessidade de normas gerais de direito financeiro (art. 8º, XVII, c) e de normas gerais de direito tributário (art. 18, § 1º).

Ora, se isto ocorre com relação ao sistema tri-

butário, onde a discriminação constitucional de competência é expressa e rígida, que dizer da 'promoção do desenvolvimento urbano', sobre cuja matéria não há sequer uma palavra no texto da Lei Maior?

Tratando-se de assunto de competência concorrente das três entidades estatais, como é o desenvolvimento urbano, caba à 'norma geral' procurar prevenir e dirimir os eventuais conflitos de competência que possam vir a ocorrer entre União, estado-membro e município. Esta, aliás, é uma das finalidades da norma geral, que vem expressamente consignada na previsão constitucional da norma geral de direito tributário (art. 18, § 1º).

Assim, o disposto no capítulo III do Anteprojeto inclui-se dentro do conceito de 'norma geral', merecendo ser revisto apenas para aprimoramento da redação e correção de algumas impropriedades, a fim de deixar bem claro que o texto objetiva somente explicitar a competência constitucional implícita, relativa à promoção do desenvolvimento urbano.

Função social da propriedade

Direito de propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la de quem injustamente a possui (art. 524 do *Código civil*). Esse conceito, que nos veio do direito romano — *jus utendi, fruendi et abutendi* —, confere ao proprietário o poder absoluto, ilimitado e exclusivo sobre a coisa. Mas essas expressões devem ser entendidas no seu verdadeiro significado jurídico. O caráter absoluto significa que o proprietário pode utilizar-se da coisa em toda a sua substância, acidentemente e acessórias; ilimitado, de que confere ao proprietário o poder de praticar sobre a coisa, perenemente, todos os atos que lhe aprouver, fruindo-a da maneira mais completa possível, transformando-a, consumindo-a ou alienando-a; exclusivo, no sentido de que afasta da coisa o poder de terceiros.

Na verdade, o direito de propriedade jamais foi absoluto porque, como bem adverte Ripert, "o direito não pode ser absoluto, visto que absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo" (*O regime democrático e o direito civil moderno*, 1937, p. 233).

O direito de propriedade *in abstracto* é assegurado pela *Constituição* em seu art. 153, § 22: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública com cláusula de exata correção monetária".

A *Constituição*, portanto, não define o direito de propriedade; essa definição nos é dada pela lei civil, de competência da União (art. 8º, XVII, *b*). Assim, é o legislador ordinário que irá traçar os contornos do direito de propriedade, contornos esses que se encontram atualmente no *Código civil* e nas inúmeras outras leis que cuidam especificamente da propriedade do subsolo (*Código de minas*), do espaço aéreo (*Código brasileiro do ar*), das marcas e patentes industriais (*Código da propriedade industrial*), da propriedade rural (*Estatuto da terra*) e tantas outras. Daí a razão de se dizer, hoje em dia, que não há propriamente um direito abstrato de propriedade, mas sim 'propriedades', no plural, cujos direitos são explicitados nas respectivas leis, conforme o seu objeto.

Por conseguinte, não há qualquer inconstitucionalidade em que outra lei ordinária venha estabelecer preceitos relacionados com a propriedade imobiliária urbana, como pretende o Anteprojeto em exame.

Ao mesmo tempo em que a *Constituição*, no art. 153, § 22, garante o direito de propriedade, sem definir-lhe o conteúdo, dispõe expressamente que a 'propriedade deve ter uma função social', como princípio básico da ordem econômica e social de nosso país (art. 160, III). Esse preceito traça uma diretriz ao legislador ordinário, no sentido de que, além de satisfazer ao interesse de seu titular, a propriedade deve cumprir uma função na sociedade. Aliás, era o que dizia a *Constituição de Weimar de 1919*: "... a propriedade obriga. Seu exercício deve ser ao mesmo tempo um serviço prestado ao bem comum" (art. 153).

Cumpra afastar, desde logo, o entendimento de que o preceito do art. 160, III, da *Constituição federal*, como norma programática, não tem eficácia jurídica. A sua jurisdição resulta de sua própria inserção no texto constitucional. Alfredo Buzaid diz bem que é errôneo pretender distinguir, numa constituição, cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia diversa (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, 1958, p. 48).

Na verdade, a norma constitucional programática é 'imperativa' para o legislador ordinário, para o administrador, no exercício de seu poder discricionário, e para o magistrado, na interpretação e aplicação da lei. Pontes de Miranda é incisivo a respeito: "A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como que programas dados à sua função" (*Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p. 127).

Já anteriormente, Ruy Barbosa afirmara não ha-

ver, "numa *Constituição* cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos" (*Comentários à Constituição federal*, Ed. Saraiva, 1933, p.489).

Aliomar Baleeiro, comentando o art. 202 da *Constituição de 1946*, que estabelecia a proporcionalidade do tributo com a capacidade econômica do contribuinte, esclarecia que, embora constituísse dispositivo de caráter programático, 'não excluía direitos subjetivos dos interessados', que poderiam invocá-los nos casos compatíveis com o seu emprego (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 2. ed., Ed. Forense, 1960, p.279).

Forçoso é concluir, portanto, que a norma do art. 160, III, da *Constituição federal*, possui a mesma força obrigatória do preceito contido no art. 153, § 22.

A função social da propriedade não elimina o direito subjetivo do indivíduo, mas procura conciliar o seu interesse com as necessidades da sociedade. Essa conciliação deve ser feita não como uma limitação externa, que condiciona o exercício do direito da propriedade, mas como um fator interno, em que se combinam poderes e facultades com limites e obrigações, de tal sorte que o "interesse social e o interesse individual, inseparavelmente, constituem o fundamento da atribuição do direito, do seu reconhecimento e da sua garantia" (conforme Pedro Escribano Collado, *La propiedad privada urbana*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1979, p.118).

Essa concepção permite avançar a idéia de que já não se pode deixar a propriedade improdutiva, pois não estará cumprindo a sua função social. O benefício que a utilização da propriedade pode gerar para a comunidade obriga o seu titular a atuar, sob pena de ser privado de seu direito, mediante o que muitas legislações denominam de desapropriação-sanção.

A propósito, ouça-se o que escreve Rodotà: "Para a concepção tradicional dos direitos subjetivos, o sujeito ao qual se atribuíam os poderes era, em princípio, livre para determinar a sua atribuição de tais poderes, não incluindo nenhuma indicação específica com relação à modalidade do seu exercício, era incondicionada. A função social modifica tal esquema tradicional, desde o momento em que, em princípio, o ordenamento prevê que o exercício desses poderes não seja dirigido somente à satisfação do interesse privado, mas também das exigências perante a sociedade em seu conjunto" (Proprietà diritto vigente), in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1º 6. p.139).

No campo do direito urbanístico, a função social da propriedade está ligada, evidentemente, às ne-

cessidades do desenvolvimento urbano, com vistas a atingir o seu objetivo primordial, que é a melhoria da qualidade de vida do homem na cidade.

Nesse aspecto, releva notar a importância de que se reveste a propriedade da terra urbana, ou destinada a fins urbanos, porque nela é que se assenta a comunidade, que a utiliza para as suas quatro funções básicas: habitar, trabalhar, recrear e circular. Pode-se dizer, portanto, que a terra urbana que não esteja destinada a uma dessas atividades não está cumprindo a sua 'função social', cabendo ao poder público impor as medidas adequadas para que se alcance aquele objetivo.

Por conseguinte, a 'atividade urbanística do poder público encontra na função social da propriedade o seu fundamento para impor as medidas legais e administrativas, necessárias à boa ordenação do território e à obtenção do maior bem para o maior número'.

Com essas considerações, passamos a examinar as novas figuras jurídicas contempladas pelo Anteprojeto e que são apontadas como violadoras do direito de propriedade garantido pela nossa *Constituição*.

A primeira dessas figuras é o 'direito de superfície', que consiste no direito de construir ou de plantar em solo alheio (conforme Clóvis Bevilacqua, *Código civil comentado*, Francisco Alves, 1917, vol. III, p.218). A superfície, como direito real, existiu em nosso sistema jurídico até 1864, quando a lei 1.237, de 24 de setembro daquele ano, deixou de enumerá-lo entre os direitos reais sobre coisas alheias — no que foi seguida pelo *Código civil de 1917* (art. 674).

O projeto do novo *Código civil*, ora em estudo no Congresso Nacional, elaborado por comissão presidida pelo eminente professor Miguel Reale, volta a contemplar o direito de superfície em seu título IV, do livro III, "Direito das coisas".

Anteriormente, o decreto-lei 271, de 28 de fevereiro de 1967, cuja primeira versão foi de nossa autoria, já havia criado a concessão de uso como direito real, instituto assemelhado ao direito de superfície, embora bastante simplificado.

Modernamente, os estudiosos do direito urbanístico têm revalorizado o direito de superfície como instituto capaz de resolver diversos problemas urbanos, inclusive o aproveitamento do subsolo para garagens, galerias e outros usos, bem como a edificação em terrenos vazios, cujos proprietários não possuem os recursos financeiros necessários (conforme José Afonso da Silva, obra citada, p.532; José Luís de Los Mozos, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974; Antônio Gullon Ballesteros, *La superficie ur-*

bana, Sevilla, 1960; Hans Bernoulli, *La città e il suolo urbano*, trad. italiana, Vallardi Editore, Milano, 1951).

Não vemos, na proposta do Anteprojeto, qualquer ofensa ao direito de propriedade; os seus dispositivos, porém, devem ser aprimorados de maneira a afastar algumas dúvidas quanto à utilização do direito de superfície, orientando-o, especificamente, para a solução dos problemas urbanísticos.

O 'direito de preempção' confere ao município preferência para aquisição de terreno urbano objeto de alienação onerosa entre particulares. A lei municipal indicará as áreas em que incidirá o direito de preempção e fixará o prazo de sua vigência, que não poderá ser superior a dez anos (art. 31 do Anteprojeto).

Trata-se, sem dúvida, de uma limitação à livre disponibilidade do bem pelo proprietário, mas o nosso direito já conhece esse instituto, aplicável a outras situações, como a do locatário para adquirir o prédio locado (art. 24 da lei 6.649 de 16 de maio 79); a do poder público para adquirir o prédio tombado (art. 22, do decreto-lei 25, de 30 de novembro de 1937). Essa limitação que é imposta tendo em vista os interesses maiores da comunidade, encontra seu fundamento na 'função social da propriedade', como vimos anteriormente. Aliás, as limitações impostas ao proprietário com relação à disponibilidade de seus bens tornam-se, a cada dia, mais comuns. Hája vista para a proibição de abate de gado em época de entressafra, ou as restrições fixadas para a venda do controle acionário de empresas (art. 255, da lei 6.404/76).

Isso está a demonstrar que o poder público pode interferir na disposição do bem pelo proprietário, vedando-a por determinado prazo, ou condicionando-a a certos requisitos. É o que ocorre com o direito de preempção previsto no Anteprojeto. Segundo Robert Savy, o direito de preempção, no que se refere ao desenvolvimento urbano, tem as seguintes finalidades: a) informar as autoridades públicas das alienações voluntárias que se processam no interior do perímetro estabelecido; b) aquisição do terreno pelo poder público se houver interesse de sua parte; c) controlar o preço dos terrenos, através do arbitramento judicial, se o preço solicitado estiver muito elevado (*Droit de l'urbanisme*, Thémis, Paris, 1981, p.286).

Para fins urbanísticos, o direito de preempção hoje é aceito em muitos países ocidentais, variando o instituto em questão de detalhes (conforme *Les instruments juridiques de la politique foncière des villes — Études comparatives portant sur quatorze pays occidentaux*, sous la direction de Michel Froment Bruylant, Bruxelles, 1978).

Os preceitos do Anteprojeto, relativos ao direito da preempção, atêm-se aos limites compatíveis com a função social da propriedade, uma vez que resguarda, inclusive, a liberdade do vendedor de desistir da venda, caso o preço arbitrado pelo juiz não lhe seja conveniente. Não vemos, também aqui, ofensa ao direito de propriedade. Apenas sugerimos, a redução do prazo de vigência do direito de preempção para cinco anos, à semelhança do prazo de validade do decreto declaratório de utilidade pública e da descrição das ações contra a Fazenda Pública.

A edificação compulsória — que o Anteprojeto amplia para incluir o parcelamento ou qualquer outra utilização de interesse urbanístico — é um novo instrumento jurídico destinado a possibilitar o aproveitamento de terreno urbano 'vago', que dispõe de equipamentos urbanos básicos.

Trata-se, sem dúvida, de condicionamento da propriedade imobiliária urbana à sua função social, pois é evidente que o destino natural do terreno urbano — de propriedade particular — é a edificação. Em casos excepcionais, pode ser de interesse urbanístico a utilização do terreno para outros fins, como estacionamento de automóveis etc. E o parcelamento obrigatório se destina a resolver de glebas improdutivas, dentro do perímetro urbano, como etapa preliminar à edificação.

A propósito do mesmo instituto, existente na legislação espanhola, escreve Antonio Carceller Fernandez: "Edificación forzosa. *Una diretriz del derecho de propiedad muy característica de los tiempos que corren y que ha sido incorporada a la Ley del suelo es la de que el goce útil y la productividad de los bienes ha venido a ocupar el centro de la protección del Derecho. La cualidad de propietario ha pasado, en cierto sentido, de la esfera del ser a la del hacer. Es el goce útil de los bienes y no la mera propiedad de ellos la que reclama el especial amparo del Derecho. La propiedad es y será un modo de conservar la riqueza, pero también, y sobre todo, un instrumento para producirla*" (Instituciones de derecho urbanístico, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, p.287; grifos do original).

A falta de execução do encargo estabelecido pelo município rende ensejo à chamada 'desapropriação-sanção', ou seja, a expropriação pelo não cumprimento da função social da propriedade urbana. Seria, a rigor, mais um caso de desapropriação para fins urbanísticos, já admitida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias (conforme nosso artigo, Desapropriação para urbanização, in *RDA* 116/1; Seabra Fagundes, Desapropriação para urbanização e reurbanização, in *RDA* 128/27; José Afonso da Silva, Desapropriações urbanísticas, in *Rev. Proc. Ger. do Estado* (SP) 12/61 — STF, RE 82.300, 85.869, 87.009; TJSP, *RT* 459/69, 461/55, 464/69).

As normas programáticas do Anteprojeto

Críticas também foram feitas ao Anteprojeto no sentido de que o capítulo I contém 'normas programáticas', que não têm eficácia jurídica e que, de qualquer forma, seriam incabíveis em uma lei ordinária.

Já vimos, a propósito do art. 160, III, da *Constituição federal*, que o princípio da função social da propriedade, como norma programática, possui eficácia jurídica, podendo mesmo, em determinadas circunstâncias, gerar direito subjetivo (conforme José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. RT. 1968, p.151 e segs.).

Nada impede, porém, que a norma programática seja estabelecida em lei ordinária, principalmente quando se trata de regular assunto novo, cujos lineamentos precisam ser dados desde logo, para orientação do aplicador da lei e de todos que deverão sujeitar-se à sua incidência. A fixação dos 'objetivos' a alcançar e das 'diretrizes' a serem seguidas na promoção do desenvolvimento urbano, como faz o capítulo I do Anteprojeto em exame, nada tem de injurídico, mas, pelo contrário, atende à boa técnica da elaboração de 'normas gerais', cujo conteúdo, em um dos seus aspectos, é precisamente estabelecer diretrizes (conforme anteriormente aqui citado).

Pontes de Miranda diz que "as regras jurídicas programáticas podem constar da *Constituição* ou não e se destinam a traçar as linhas diretoras pelas quais deverão se orientar os poderes públicos" (conforme *Comentários à Constituição de 1967*, tomo I, p.26 e 27).

As mais recentes leis nacionais, regulando assuntos ligados ao urbanismo, como a lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, procuram também fixar os seus princípios básicos e os seus objetivos a atingir (arts. 2º e 4º). De igual modo, na legislação estrangeira, a *Ley general de asentamientos humanos*, do México, e a *Ley del suelo*, da Espanha, estabelecem as diretrizes a serem observadas.

Como se vê, a fixação dos objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano está coerente com a proposta de uma lei que pretende assentar as bases do direito urbanístico nacional.

O Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano

O Anteprojeto em exame, no capítulo V, institui o Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano, com a finalidade de compatibilizar a atuação dos

órgãos e entidades que desempenhem funções vinculadas a esse desenvolvimento. Nesse sistema são incluídos, como órgão seccionais, os órgãos e entidades estaduais e, como órgãos locais, os órgãos e entidades municipais que tenham qualquer vinculação com o desenvolvimento urbano.

A criação de sistemas nacionais, para a execução de determinados planos ou programas, tem sido uma constante nos últimos anos. Haja vista para o Sistema Nacional de Habitação, o Plano Nacional de Saneamento Básico — Planasa —, o Sistema Nacional de Transportes Urbanos e o Sistema Nacional do Meio Ambiente. Em princípio, o modelo é engenhoso e criativo, pois permite a integração da atuação dos órgãos federais, estaduais e municipais no mesmo setor, evitando a dispersão de esforços e recursos. O perigo está em se sujeitar os órgãos estaduais e municipais às repartições administrativas federais, com evidente ofensa à autonomia do estado-membro é do município.

No caso, sendo a atividade urbanística matéria de competência concorrente da União, dos estados e municípios, um sistema de cooperação dos órgãos nacionais, regionais e locais, responsáveis pela promoção do desenvolvimento urbano, é bastante oportuno, desde que, repetimos, seja respeitada a autonomia de cada esfera de governo. Já dissemos que cabe à União legislar, isto é, editar regras gerais de conduta, mas não intervir executivamente nas entidades federadas, impondo padrões estandarizados nos seus mais mínimos detalhes.

Considerações finais

A necessidade de uma lei nacional de desenvolvimento urbano já havia sido por nós enfatizada em estudo anterior, reproduzido em nosso já citado *Direito municipal brasileiro* (p.424 e segs.), no qual chegamos a fazer referência a anteprojeto por nós redigido, juntamente com o professor Eurico de Andrade Azevedo e o arquiteto Jorge Guilherme Francisconi, então secretário-executivo da antiga Comissão Nacional de Política Urbana e Regiões Metropolitanas. Sentimo-nos, pois, à vontade para reiterar a importância do atual trabalho submetido à apreciação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano. É indispensável ao país uma legislação federal orgânica e sistemática, que procure abranger em uma lei geral os principais aspectos urbanísticos, como o fazem os países mais adiantados no assunto: a França possui o seu *Código de urbanismo* desde 1948, bastante modificado, com a introdução da lei 75-1.328, de 31 de dezembro de 1975, alterando a política fundiária, e a lei 76-1.285, de 31 de dezembro de 1976, transformando os documentos de urbanismo; a Espanha tem sua *Lei do solo e ordenação urbana*, de 12 de maio de 1956, refundida em

1976, com nova redação aprovada pelo decreto 1.346, de 9 de abril de 1976; a Bélgica tem sua lei geral desde 1946, substituída por uma lei orgânica de 29 de março de 1962; a Inglaterra possui o *Town and country planning act* desde 1947, com modificações em 1968, 1971 e 1975; a Itália possui uma lei urbanística nacional desde 1942, com inúmeras modificações posteriores, inclusive pela recente lei 10, de 28 de janeiro de 1977, que estabeleceu a separação do direito de construir do direito de propriedade; o Japão tem sua *Lei de urbanismo de 1968*, com leis complementares posteriores (conforme *Les instruments juridiques de la politique foncière des villes — études comparatives portant sur quatorze pays occidentaux*, sous la direction de Michel Froment Bruyant, Bruxelles, 1978).

Sem dúvida, o Anteprojeto em exame necessita de algumas correções e de aprimoramento da redação, o que pode ser obtido durante sua discussão no Conselho de Desenvolvimento e nos debates que deverão seguir-se, com a necessária publicação de seu texto, para oferecimento de sugestões, como feito como o Anteprojeto de Lei Geral das Desapropriações, recentemente elaborada por comissão designada pelo Ministro da Justiça.

A propósito, cumpre esclarecer que o instituto da desapropriação não é uma solução para os problemas urbanísticos. Ao contrário, é um remédio extremo, que só deve ser usado em última instância, pois, além de 'publicizar' a propriedade privada — ou seja, transformar a propriedade privada em propriedade pública — acarreta ônus nem sempre suportável pelo poder público, pois exige a prévia e justa indenização em dinheiro.

O urbanismo carece de medidas preventivas que procurem ajustar o crescimento urbano à preservação do meio ambiente e à melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

Respostas aos quesitos

Assim apreciada a matéria objeto da consulta, à

luz da nossa *Constituição*, dos princípios doutrinários pertinentes e da legislação comparada, passamos a responder aos quesitos formulados, na seguinte conformidade:

Ao primeiro quesito: sim. A União tem competência implícita para editar normas gerais de desenvolvimento urbano, competência essa decorrente dos dispositivos constitucionais citados em item deste parecer, e dos princípios básicos do federalismo que ela adota.

Ao segundo quesito: não. O art. 153, § 22, da *Constituição federal* garante o direito de propriedade em abstrato, mas o seu conteúdo concreto é dado pela legislação federal ordinária. Assim, nada impede que o Anteprojeto estabeleça novas figuras jurídicas que condicionem o direito de propriedade à sua função social, tendo em vista especificamente a ordenação do desenvolvimento urbano.

Ao terceiro quesito: sim. A inserção de dispositivos programáticos em texto de lei não é injurídica, principalmente quando se trata de uma disciplina nova e de 'norma geral', cujo objetivo é precisamente traçar diretrizes de ação para as entidades estatais responsáveis pelo desenvolvimento urbano.

Ao quarto quesito: não. O Sistema Nacional de Desenvolvimento Urbano, na forma proposta pelo Anteprojeto, não constitui ofensa à autonomia dos estados-membros e municípios, porque não outorga aos respectivos órgãos nenhuma função ou encargo novo; apenas procura estabelecer uma coordenação entre eles, na promoção do desenvolvimento urbano.

É o nosso parecer, s.m.j.

São Paulo, 20 de outubro de 1982.

Hely Lopes Meirelles