

RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO: INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADE | *CONVENTIONAL URBAN RESTRICTIONS FROM A CASE STUDY: PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS IN CITY CONSTRUCTION*

EDUARDO GARCIA RIBEIRO LOPES DOMINGUES

RESUMO | Este estudo enfrenta a questão da legalidade da inclusão de restrições urbanísticas convencionais em loteamentos, bem como da possibilidade de revogação das restrições existentes em face de novo plano diretor e da nova legislação urbanística. O objetivo da pesquisa é compreender a relação entre interesses públicos e privados no processo de urbanização das cidades, mais especificamente nas ações de parcelamento do solo. Emprega-se método de análise de caso concreto, revisão bibliográfica e pesquisa de jurisprudência, quantitativa e qualitativa. Parte-se do estudo de diversos tópicos do direito para, ao final, apresentar conclusões gerais. A pesquisa de jurisprudência indica um caso no STJ (City Lapa) em que as restrições privadas se sobrepuseram à lei municipal, mas o acórdão indica uma via para alteração das restrições privadas por lei posterior. Na conclusão, indicamos a funcionalização da propriedade urbana e da cidade como parâmetros para equalizar as demandas privadas ao interesse público.

ABSTRACT | *This study addresses the issue of the legality of including conventional urban restrictions in subdivisions, as well as the possibility of repealing existing restrictions in face of new land policy. This research aims to understand the relationship between public and private interests in the urbanization process of cities, more specifically in the actions of land parceling. It is used method of analysis of the case studies, bibliographical review and research of jurisprudence, in a quantitative and qualitative way. It begins with the study of several topics of law, in order to present general conclusions. The case-law search shows an STJ's case STJ (City Lapa) in which private restrictions overlapped municipal law, but the Court ruling indicates a way to change private restrictions by later law. In conclusion, we indicate the functionalization of the urban property and the city as parameters to equalize private demands to the public interest.*

PALAVRAS-CHAVE | *Direito Urbanístico. Parcelamento do Solo Urbano. Direito de Construir. Plano Diretor. Função Social da Propriedade Urbana.*

KEYWORDS | *Urban Law. Urban Land Installment. Right to Build. Master plan. Social Function of Urban Property.*

1. INTRODUÇÃO

Uma importante questão que toca o Direito Urbanístico é a possibilidade de loteadores incluírem restrições urbanísticas nos projetos de loteamento e essas valerem contra os adquirentes, os primeiros e os subsequentes, os vizinhos e até mesmo contra o Poder Público. Estariam essas restrições indenidas de alterações legislativas? Em outros termos, a questão que se coloca é saber o quanto a produção do Direito Urbanístico e da cidade está atrelada aos interesses privados e o quanto está atrelada ao interesse público.

Uma vez que a cidade é o local de vida da maioria dos brasileiros, não é estranho que os interesses privados de seus moradores tenham influência na produção da legislação que regulará as relações urbanísticas. Por outro lado, sem a atuação do Poder Público na defesa do interesse coletivo, não haveria possibilidade de convivência minimamente harmoniosa. A proposta do presente estudo é investigar como se dá o equilíbrio entre interesse privado e público, no caso específico das restrições urbanísticas em parcelamento do solo urbano.

A questão apresentada neste estudo foi levantada no âmbito do trabalho de assessoria técnica prestada pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM - a um município do Estado de Minas Gerais para a revisão do Plano Diretor e das leis de Uso e Ocupação do Solo Urbano e Parcelamento do Solo Urbano. O IBAM é uma associação civil sem fins lucrativos, cuja missão é promover “o desenvolvimento institucional da Administração Pública, especialmente a municipal, fortalecer sua capacidade de formular políticas, prestar serviços e fomentar o desenvolvimento, objetivando uma sociedade democrática e justa” (IBAM, <http://www.ibam.org.br/info/institucional/16>, acessado em 28/08/2018).

Dentre as diversas áreas em que atua, o IBAM presta assessoria técnica para municípios na elaboração ou revisão de planos diretores e das leis urbanísticas que o seguem. Nesse contexto, o IBAM foi contratado por um município do Estado de Minas Gerais, em 2017, para a revisão do Plano Diretor e das leis de uso e ocupação do solo urbano, bem como do parcelamento do solo urbano.

No desenvolvimento do trabalho, o município contratante apresentou uma questão recorrente a respeito de restrições de construções que os loteadores colocam em seus empreendimentos, que hoje têm tido "força de lei". De acordo com o contratante, os loteadores (geralmente investidores não ligados à área de engenharia ou arquitetura), ao executarem seus loteamentos, frequentemente registram em cartório restrições para as construções que o empreendimento irá receber, sem sequer cientificar à Administração Municipal. São restrições como: proibição de uso não residencial, proibição de área mínima de construções, de número máximo de pavimentos, de número máximo de edificações em um terreno, proibição da construção de edículas e até mesmo proibição da construção de muro de fechamento.

Muitas dessas restrições seriam contrárias à legislação municipal vigente, como no caso das ruas classificadas pela lei de uso e ocupação do solo como "zonas mistas". Nessas ruas a legislação municipal permite construir prédios residenciais e comerciais, mas o loteamento tem restrições de cunho privado com relação à existência de comércio e prédios no bairro.

Diante desse quadro, era do interesse do município que tais restrições não mais prevalecessem, desafiando o estudo, por parte da assessoria do IBAM, a respeito do tema das restrições urbanísticas convencionais. O objetivo desse estudo seria o de responder às questões do contratante que pretendia:

1. Derrubar todas as restrições existentes, deixando como "restrição", ou parâmetro, somente a lei municipal que versa sobre o assunto e que foi elaborada por um corpo técnico formado para tal, capacitado, que estudou e se aprofundou nos temas;

2. Impedir a existência do registro de novas restrições a construções.

Para auxiliar a análise da questão, foi encaminhada decisão denegatória de Mandado de Segurança – MS - em que servidores do município, ao indeferirem alvará de construção, figuraram como autoridades coatoras. Isso, porque o padrão destoava das restrições urbanísticas convencionais.

Uma vez respondida a questão do contratante, a pesquisa então empreendida foi transformada neste artigo, entretanto com adaptações. O nome do município foi suprimido, visto que é irrelevante para o deslinde da

questão, além do que não prejudica em nada as análises e conclusões feitas neste estudo.

O estudo do Direito, a partir do caso concreto, não pretende substituir, em nosso sistema jurídico de tradição romano-germânica, o estudo dogmático numa hierarquia de conceitos teóricos, preceitos legais e interpretação judicial. No entanto, tem a vantagem de permitir a organização do raciocínio indutivo, do particular para o geral, facilitando a coordenação de conceitos de diferentes áreas do Direito para a concretização da solução de um caso específico. Dessa maneira, aprofundando a análise de uma questão concreta, emerge a necessária transversalidade do estudo do Direito que, da forma tradicional, não aglutinaria diferentes conceitos do Direito, como os de direito constitucional, civil, urbanístico, administrativo, registral e até mesmo penal, se a pesquisa abrangesse também esse foco.

A principal questão ora em tela é investigar a legalidade da inclusão de restrições urbanísticas por parte do loteador nos projetos de loteamento, condicionando o uso pelos adquirentes, mesmo contra a legislação municipal.

A metodologia deste estudo parte da análise da questão concreta colocada pelo município, empreendendo-se pesquisa de revisão bibliográfica, análise da decisão do MS em questão, pesquisa de jurisprudência no Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG e no Superior Tribunal de Justiça – STJ. É apresentada uma decisão do Supremo Tribunal Federal – STF - que discute a questão, mas não sob o prisma constitucional, visto que foi proferida em 1984, antes da Constituição de 1988, quando foi criado o STJ e retirada do Supremo a competência para causas que versem sobre interpretação de lei federal.

Este estudo foi organizado para tratar das restrições urbanísticas convencionais, da possibilidade de sua inclusão nos loteamentos. Na sequência, abordou-se a relação das restrições convencionais com a legislação municipal para, em momento seguinte, tratar dos princípios constitucionais aplicáveis, em especial o da função social da propriedade urbana e sua qualificação no plano diretor municipal.

Sobre este tema, a bibliografia é escassa, justamente por ser bem pontual, não adentrando no interesse específico da doutrina de Direito Civil,

nem de Direito Registral. Além desses, é, também, de pouco interesse geral para a doutrina do Direito Urbanístico.

2. A POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DAS RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS NOS LOTEAMENTOS

A questão proposta pelo contratante envolvia saber se é possível ao loteador impor restrições urbanísticas ao uso da propriedade pelos adquirentes e se é possível ao município impedir ou cancelar tais restrições.

Primeiramente, cabe explicar que parcelamento do solo é atividade de urbanização, ou, como prefere José Afonso da Silva, “processo de urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas” (SILVA: 2006, p. 329). É, portanto, atividade econômica que transforma glebas em lotes nos quais seja possível a edificação para fins urbanos.

O parcelamento do solo urbano recebia pouco tratamento legislativo por meio do Decreto-Lei n. 58/37. Tal dispositivo legal disciplinava o loteamento e a venda das unidades (lotes). O §1º do artigo 1º exigia aprovação do plano e da planta do loteamento pelo município.

Apenas com a promulgação da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, Lei n. 6.766/79, é que foi exigida a edição de legislação municipal de parcelamento do solo. Também foi exigida a indicação de diretrizes urbanísticas para orientar a elaboração do plano e das plantas do parcelamento a partir do interesse público.

A Lei n. 6.766/79 divide a atividade de parcelamento em dois tipos, o loteamento e o desmembramento. O primeiro se caracteriza pela “criação de lotes destinados à edificação”, são conceituados pela “abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamentos, modificação ou ampliação das vias existentes” (art. 2º, §1º). O segundo pelo “aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (art. 2º, §2º).

O artigo 4º da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano traz os requisitos mínimos para os loteamentos, determinando, no §1º, que a legislação municipal defina ainda outros critérios de uso da propriedade urbana. Confira-se:

§ 1º - A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento. (Redação dada pela Lei n. 9.785, de 1999)

Cumpra registrar que a competência municipal para promover “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” está prevista no artigo 30, VIII da Constituição Federal de 1988 – CF e que as competências para executar a política urbana e determinar a função social da propriedade urbana estão previstas no artigo 182, caput e § 2º.

Logo, verifica-se que a legislação municipal, com esteio na Constituição Federal e na Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, impõe restrições aos loteamentos, indicando usos permitidos, áreas e tamanho de lotes, coeficientes de aproveitamento do terreno, entre outras condicionantes que visem cumprir a função social da cidade.

A par dessas restrições urbanísticas legais, é possível aos loteadores inserir restrições no projeto de loteamento, sendo, por isso, denominadas "restrições urbanísticas convencionais". Veja-se o conceito do instituto na obra de Meirelles (2000):

Além das restrições legais de vizinhança, impostas pelas leis civis, [...] podem os interessados estabelecer, convencionalmente, outras restrições ao direito de construir, em relação às suas propriedades, visando a fixar a natureza das construções admitidas, assim como a altura, o recuo, o afastamento, o tipo de edificações e o que mais convier aos confrontantes e ao bairro. Essas limitações apresentam-se, comumente, sob duas modalidades: individuais e gerais. As primeiras objetivam condições de interesse particular dos contratantes; as segundas impõem requisitos de interesse comum do bairro, pelo que são operantes entre todos os seus moradores beneficiários diretos de suas vantagens. (MEIRELLES, 2000, p. 78)

Tal possibilidade de restrições urbanísticas convencionais adveio da falta de regulamentação sobre o tema, fosse na esfera nacional, estadual ou

municipal. O antigo Decreto-Lei 58/37 não tratava dos loteamentos com o caráter de interesse público com que hoje trata a legislação. De acordo com Nascimento (2012), as restrições convencionais impõem diversas obrigações aos adquirentes, de fazer e de não fazer.

Segundo Nery Júnior (2011:1035):

Nada impede que os interessados, em contratos, estipulem certas restrições convencionais do direito de construir. Principalmente quando se trata de planos de loteamento, pois a esses são assegurados os requisitos urbanísticos convenientes à sua destinação. Tal conclusão não implica delegação do poder de polícia da Administração, tanto mais que os loteamentos têm que se submeter, para serem aprovados, ao exame das autoridades municipais.

O direito de construir do proprietário constitui atividade econômica privada e, assim, as restrições convencionais que regulam essa faculdade estão subordinadas à função social da propriedade de que tratam o artigo 5º, XXIII e 182 da CF/88. Nas palavras de Nery Júnior (2011:1036), “o uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem-estar comum da sociedade”.

A proteção do bem-estar comum da sociedade é realizada através da observância do direito dos vizinhos e dos regulamentos administrativos, como preceitua o Código Civil Brasileiro: *"Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos"*.

Os regulamentos administrativos a que alude o Código Civil são as leis municipais, cuja edição está prevista no artigo 30, VIII da Constituição e no artigo 4º, §1º da Lei n. 6.766/79. No que diz respeito à previsão legal sobre as restrições urbanísticas convencionais, a Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano estabeleceu tal possibilidade nos artigos 9º, 18 e 26. Confira-se:

Art. 9º Orientado pelo traçado e diretrizes oficiais, quando houver, o projeto, contendo desenhos, memorial descritivo e cronograma de execução das obras com duração máxima de quatro anos, será apresentado à Prefeitura Municipal, ou ao Distrito Federal, quando for o caso, acompanhado de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente, de certidão negativa de tributos municipais e do competente instrumento de garantia, ressalvado o disposto no § 4º do art. 18. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999) (grifou-se)
§ 1º - omitido

§ 2º - O memorial descritivo deverá conter, obrigatoriamente, pelo menos:
I - a descrição sucinta do loteamento, com as suas características e a fixação da zona ou zonas de uso predominante;
II - as condições urbanísticas do loteamento e as limitações que incidem sobre os lotes e suas construções, além daquelas constantes das diretrizes fixadas;

Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos:

I a V – omitidos

VI – exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei;

Art. 26. Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações:

I a VI – omitidos

VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente. (Grifou-se o trecho pertinente à questão)

Como se observa, é legal a imposição de restrições convencionais pelo loteador, mas elas devem passar pelo crivo do município no exame do projeto de loteamento, pois devem constar do memorial descritivo (art. 9º, §2º, II). Além disso, as restrições também devem constar do “exemplar do contrato padrão de promessa de compra e venda, ou de cessão ou de promessa de cessão” (art. 18, VI), para fins de arquivamento no cartório de registro de imóveis e da escritura de alienação do imóvel ao particular (art. 26, VII).

De acordo com Nascimento:

Tais restrições são estabelecidas unilateralmente pelo loteador no memorial de loteamento arquivado no Cartório de Registro público de imóveis, que serão transcritas nas escrituras por ocasião da alienação dos lotes. Essas devem ser observadas por todos em defesa do projeto arquitetônico do bairro, inclusive pela Prefeitura que as aprovou, com legitimidade de qualquer adquirente e do loteador para impugnar qualquer infração a elas. (NASCIMENTO, 2012, p. 15-16)

A partir desse quadro legal, pode-se considerar que a não indicação das restrições convencionais no memorial descritivo impossibilita a análise e aprovação pelo município. Consequentemente, isso impossibilita, também, a inclusão dessas restrições no contrato padrão a ser arquivado no registro de imóveis.

A rigor, não se pode registrar nem averbar na matrícula do imóvel a restrição urbanística convencional, porque a Lei de Registros Públicos, Lei n. 6.015/73, que regula, entre outros atos, os registros de imóveis, não prevê a hipótese de restrição urbanística convencional para os atos de registro e averbação (art. 167, I e II). O que se pode é incluir a restrição convencional no contrato padrão e, esse sim, poderá ser arquivado no registro do loteamento no cartório imobiliário, como prevê a própria Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano.

Dessa forma, qualquer efetivação de registro de restrições urbanísticas convencionais na matrícula de imóveis fere a Lei de Registros Públicos e a inclusão de restrição urbanística convencional no contrato padrão, sem aprovação do município, é nula e deve ser retirada pelo cartório. Esse raciocínio, todavia, não serviu de fundamento para as decisões dos Tribunais que enfrentaram a questão.

Não obstante, o loteador pode incluir restrições urbanísticas no contrato individual que realiza com o adquirente do imóvel. Nesse caso, a restrição é exigível apenas pelos contratantes, não assegurando aos vizinhos a prerrogativa de exigir a observância da restrição, tampouco permite que ela seja oposta a terceiros adquirentes se não constou da escritura.

Como visto, Meirelles classificava as restrições convencionais como individuais ou gerais (2000, p. 78). Aquelas, as individuais, geram efeito apenas entre os contratantes e estas, as gerais, para adquirentes e vizinhos, que teriam o poder e exigir seu cumprimento.

Em se tratando de consultoria a um município do Estado de Minas Gerais, foi realizada pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do TJMG, <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>, visando encontrar julgados que tratassem da questão das restrições urbanísticas convencionais. Foram empregados vários termos, com conectores e entre aspas. O termo mais abrangente e que apresentou mais resultados (15), foi a expressão “restricao E urbanistica”, sem o uso das aspas. Todos os resultados da pesquisa com outros termos estavam compreendidos nos 15 acórdãos inicialmente encontrados. (A consulta foi realizada em 2018, sendo conferida por último em setembro de 2019)

Desses 16 acórdãos, apenas três têm pertinência com o estudo das restrições urbanísticas e a legislação municipal, enquanto outros tratam de temas diversos, embora o assunto das restrições tenha sido ventilado na ementa, como, por exemplo, Responsabilidade pela evicção na alienação de lotes com restrições; restrições em APP, restrição de circulação em logradouro público, entre outros. Os três casos pertinentes são:

1. Apelação Cível 1.0394.08.077833-2/003, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª C MARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2009, publicação da súmula em 13/10/2009;
2. Apelação Cível 1.0145.06.343217-6/002, Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª C MARA CÍVEL, julgamento em 10/08/2010, publicação da súmula em 23/08/2010;
3. Apelação Cível 1.0702.06.297365-7/001, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, Relator para o acórdão: Des. Fernando Botelho, 8ª C MARA CÍVEL, julgamento em 28/04/2011, publicação da súmula em 13/07/2011.

O Acórdão julgado em 2009 pela 12ª Câmara Cível do TJMG (Apelação Cível 1.0394.08.077833-2/003), esboça a linha de entendimento de que restrições convencionais podem ser gerais ou individuais, a depender da aprovação ou não do município, confira-se:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DIREITO DE CONSTRUIR. RESTRIÇÃO DE VIZINHANÇA. LIMITAÇÃO DE CARÁTER INDIVIDUAL. A lei processual civil autoriza a propositura da ação de nunciação de obra nova ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. As restrições de vizinhança, dentre as quais aquelas que limitam o direito de construir, podem ser de natureza legal ou convencional, sendo que esta última se reveste de caráter geral ou individual, produzindo respectivamente efeitos erga omnes ou inter partes. Constatado o caráter individual da restrição convencional ao direito de construir, apenas os contratantes podem exigir reciprocamente sua observância na forma avençada. (TJMG - Apelação Cível 1.0394.08.077833-2/003, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª C MARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2009, publicação da súmula em 13/10/2009)

Em seu voto, o Desembargador Relator consigna que, no caso em questão, não houve atendimento, por parte do loteador, aos artigos 18 e 26 da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, nem menção às restrições nos contratos, pelo que elas somente podem ser exigidas entre os contratantes originais.

Por seu turno, o art. 26 da Lei 6.766/79 determina, em seu inciso VII, que o documento em questão deverá indicar declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente.

Ora, a imposição legal é clara e sua razão de ser se deve à necessidade de legitimação e de regularidade formal em tornar público, geral e obrigatório interesse particular que vise aperfeiçoar ou suprir o regramento urbanístico imposto pela municipalidade. Da mesma forma, com as normas de direitos de vizinhança de natureza civil.

No caso específico dos autos, mostra-se patente que o loteador não atendeu aos requisitos legais impostos para instituição de restrições convencionais gerais de vizinhança que tem efeito erga omnes.

(TJMG – Apelação Cível 1.0394.08.077833-2/003, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª C MARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2009, publicação da súmula em 13/10/2009, p. 9)

Na decisão de 2010, a 18ª Câmara Cível do TJMG (Apelação Cível 1.0145.06.343217-6/002), mantém o mesmo entendimento:

AÇÃO DEMOLITÓRIA - LOTEAMENTO - RESTRIÇÃO URBANÍSTICA - APROVAÇÃO DA PREFEITURA - AUSÊNCIA. A restrição urbanística, quando não reconhecida e tampouco aprovada pela Prefeitura, não se aplica à construção realizada no loteamento, em virtude de ofensa a regramentos da Lei nº 6.766/79. (TJMG - Apelação Cível 1.0145.06.343217-6/002, Relator: Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª C MARA CÍVEL, julgamento em 10/08/2010, publicação da súmula em 23/08/2010)

No terceiro caso, de 2011, o entendimento da 8ª Câmara Cível do TJMG (Apelação Cível 1.0702.06.297365-7/001) é pela possibilidade de não aplicação das restrições convencionais anteriormente registradas em face de lei municipal posterior. E, no caso em si, em razão do advento de novas tecnologias não previsíveis na época da instituição da restrição, o Relator foi vencido. In verbis:

APELAÇÃO CÍVEL. ORDEM URBANÍSTICA. RESTRIÇÃO DE USO DO SOLO. ANTENAS DE TELEFONIA. UBERLÂNDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. FIM SOCIAL DA PROPRIEDADE. A restrição registral quanto à finalidade do uso dos lotes, porque anteriormente consolidada em ato jurídico perfeito, porque genérica e característica da inclusão, e, não, da exclusão, de benefícios telecomunicativos coletivos, e

porque identificada com o próprio fim social da propriedade, não encontra restrição de construção nos lotes do bairro Altamira de Uberlândia, posto que não afetada, por proibição específica, pelas LCs. 269/01, 377/04, e 392/05.

V.V.P. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.06.297365-7/001, Relator: Des. Bitencourt Marcondes, Relator para o acórdão: Des. Fernando Botelho, 8ª C MARA CÍVEL, julgamento em 28/04/2011, publicação da súmula em 13/07/2011)

Em seu voto vencedor, o Revisor estatui que:

(...) por natureza, por definição legal, e, finalmente, por respeito ao princípio-mor da finalidade social da propriedade, a dita lei municipal não restringiu e não proibiu o uso de "estações de telecomunicações" nas propriedades privadas de Uberlândia. Pelo contrário, consolidou-as como instrumentos textuais do uso geral e da utilidade pública, razão pela qual restringir o seu emprego em propriedades daquela localidade nos parece, isso sim, oposto, já, à expressão da própria norma local.

Como pudemos observar, as decisões do TJMG estão coerentes com a doutrina, estabelecendo a diferença entre restrições convencionais e legais. No caso das convencionais, a possibilidade de produção de efeitos erga omnes, quando aprovadas previamente pela Municipalidade e então inscritas no Registro de Imóveis.

No presente caso deste estudo, no escopo do contrato de Assessoria ao Município, o Contratante informou que as restrições urbanísticas convencionais apostas pelos loteadores não são informadas ao município para aprovação. Logo, se as restrições não são aprovadas, elas não podem ser impostas a terceiros que não fizeram parte do contrato original.

Persistem, ainda, duas questões a serem analisadas: (i) como proceder caso o município tenha aprovado as restrições urbanísticas convencionais, quando elas não corresponderem mais às necessidades de desenvolvimento urbano da cidade; e (ii) como proceder para impedir a inscrição pelo loteador de restrições no Registro de Imóveis.

3. AS RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS E A LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL

Como se viu, a justificativa para permissão das restrições convencionais era a de ausência de regulamentação de requisitos urbanísticos

do Decreto-Lei n. 58/37 que assegurassem a qualidade mínima dos loteamentos. Mesmo após a edição da Lei n. 6.766/79, muitos municípios, até hoje, não regulam o parcelamento do solo ou não o fazem a contento. A questão que se impõe é saber qual a validade das restrições urbanísticas convencionais face ao advento da legislação urbanística municipal.

Quer dizer, o município pode legislar de forma a desconsiderar e tornar nula uma restrição urbanística por ele aprovada em processo de licenciamento de loteamento?

Cumprе destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF de 1984, a única localizada em pesquisa no sítio eletrônico da Corte, em interpretação do Código Civil antes da Constituição de 1988. Em julgamento do RE 101258/SP, o STF entendeu pela prevalência da restrição urbanística sobre nova lei municipal, porque fora previamente aprovada pelo município e porque não interferia na ordem pública. Confira-se:

LOTEAMENTO DE IMÓVEL URBANO. CLÁUSULA PERMISSIVA APENAS DA UTILIZAÇÃO RESIDENCIAL. - CASA COMERCIAL INSTALADA EM PREDIO CONSTRUIDO NUM DOS LOTES. ALVARA DE LICENÇA DEFERIDO PELO MUNICÍPIO COM ARRIMO EM LEI PERMISSIVA DESSA UTILIZAÇÃO E COM INFRAÇÃO DE CLÁUSULA PROIBITORIA ESTABELECIDA NO LOTEAMENTO. PREVALENCIA DA CLÁUSULA CONVENCIONAL, UMA VEZ QUE ELA NÃO INTERFERE EM INTERESSE DE ORDEM PÚBLICA E INTEGRA LOTEAMENTO APROVADO PELA PREFEITURA MUNICIPAL E INSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. LEI POSTERIOR RESTAURANDO A DESTINAÇÃO ORIGINARIA. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DA PROPRIETARIA DO PREDIO E DA SUA LOCATARIA, DONA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EM RELAÇÃO AOS PROPRIETARIOS DOS OUTROS LOTES. AÇÃO COMINATORIA JULGADA PROCEDENTE. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS QUE SE NÃO CONHECE.

(RE 101258, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 10/04/1984, DJ 18-05-1984 PP-07734 EMENT VOL-01336-04 PP-00715 RTJ VOL-00110-01 PP-00391)

No caso em questão, a licença foi expedida na vigência de uma lei que permitia o uso comercial em área residencial contra restrição urbanística do loteamento que apenas permitia residências. Alterada a lei para retornar ao padrão original, em que a legislação municipal e a restrição urbanística aprovada pelo município proibiam o uso comercial, o STF entendeu que o empreendedor não tinha direito adquirido à licença expedida em conformidade

com a lei, mas em desconformidade com a restrição urbanística aprovada pelo Poder local e transcrita no registro de imóveis. Eis o trecho do voto do Relator:

(...). Ocorre que inexistente o pretendido direito adquirido em relação aos recorridos, porquanto o alvará foi deferido contra expressa e terminante proibição de cláusula de loteamento, que vale tanto para os compradores de lotes quanto para seus sucessores, por isso que inscrita no registro imobiliário e aprovada pela Prefeitura Municipal. (RE 101258, p. 19)

Essa decisão consagra a inexistência de direito adquirido à licença expedida irregularmente. Deve-se interpretar como irregular a licença dada pela Administração em conformidade com a lei, mas em desconformidade com a restrição urbanística aprovada pelo município e registrada no Registro de Imóveis, desde que não interfira em interesse de ordem pública. Deve ser ponderado, a partir da nova ordem constitucional de 1988, se o “interesse de ordem pública” poderá predominar sobre a convenção privada, ainda que aprovada pelo município e registrada no Registro de Imóveis. E, ainda, saber qual a forma de manifestação/construção do interesse público, no caso, urbanístico. Em outras palavras, uma nova lei municipal poderá se sobrepor às restrições urbanísticas aprovadas pela municipalidade e registradas?

Como veremos no item 4 deste estudo, a importância principiológica que a Constituição de 1988 emprestou à função social da propriedade tem o condão de sobrepor o interesse público (que o RE acima menciona como “interesse de ordem pública”) ao interesse privado, ainda que esse venha a ter efeito erga omnes, caráter que não se confunde com o próprio interesse público.

A chave de discussão “função social da propriedade urbana” é, sem dúvida, essencial para a questão, porque tem esteio constitucional principiológico. Contudo, a concretude da função social da propriedade urbana em cada município e em cada zona urbana de dado município, e mesmo a possível variação em concreto da função social, em razão do desenvolvimento da cidade, é dinâmico e não estático. Isso pode levar a discussão para o plano de hierarquias normativas de mesmo nível, quando regras de igual valor entram em conflito, sobretudo, quando não houver expressa definição em plano diretor ou outra norma de planejamento que indique, para determinada área urbana, a função social da propriedade.

Por isso, este estudo enfrenta a questão, primeiramente, na ótica da interpretação infraconstitucional. Isso se faz a partir da pesquisa de jurisprudência no Tribunal de Justiça Estadual de Minas Gerais, que já foi exposta, in casu, bem como a partir da pesquisa de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça – STJ, que ora se expõe para, num terceiro momento, elevar a questão à discussão da função social da propriedade urbana.

Em pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, <http://www.stj.jus.br/SCON/>, foram obtidos como resultado para a expressão “restrições E urbanísticas”, sem o uso das aspas, 5 acórdãos e 82 decisões monocráticas. O emprego de outros termos com conectores e entre aspas apresentava número de resultados menor e mais restritivo do que a pesquisa inicial (pesquisa realizada em 2018 e conferida em setembro de 2019). Dessa forma, foram analisados apenas os 5 acórdãos, por serem decisões colegiadas. Não foram analisadas decisões monocráticas porque elas possuem, teoricamente, dois escopos: (i) o de negar provimento a recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula, ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Código de Processo Civil de 1.973, art. 557, com redação dada pela Lei nº 9.756/98); ou (ii) o escopo de dar provimento a recurso quando a “decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula, ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Código de Processo Civil de 1.973, art. 557, §1ª-A, com redação dada pela Lei n. 9.756/98).

No âmbito do Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, o escopo das decisões monocráticas é o de aplicar entendimentos já consolidados negando-os ou dando provimento a recursos nas hipóteses do artigo 932, IV e V do NCPC.

A negativa de provimento ocorrerá quando o recurso for contrário a: “a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; “b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”; “c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”, (NCPC, art. 932, IV).

A decisão monocrática também pode ser no sentido de dar provimento a recursos nas hipóteses do artigo 932, V do NCPC, quando a decisão recorrida for contrária: “a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; “b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” e “c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”, (NCPC, art. 932, V).

Logo, em princípio, as decisões monocráticas seriam no sentido de aplicar entendimentos já consolidados, não devendo haver em seu teor a “discussão” de interpretação de lei. Isso, porque não se trata de decisão colegiada, mas porque se presta a aplicar entendimento pacificado, não tendo sido, assim, objeto de análise neste trabalho.

Os 5 acórdãos localizados são:

1. REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2010, DJe 01/12/2010;
2. REsp 289.093/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2003, DJ 20/10/2003;
3. RMS 13.252/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2003, DJ 03/11/2003;
4. REsp 226.858/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 07/08/2000; e
5. RMS 8.766/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/1998, DJ 17/05/1999.

Os acórdãos, por serem decisões colegiadas, podem discutir o mérito da questão sem aplicar necessariamente entendimento já consolidado. São, portanto, importantes para estabelecer o entendimento do Tribunal e, dessa forma, são importantes para análise de precedentes neste estudo.

Os dois Recursos em Mandado de Segurança – RMS, acórdãos 3 e 5, tratam da possibilidade de o Estado embargar edificação em área litorânea a despeito da legislação urbanística municipal, em razão da competência concorrente. O objeto da discussão era a Lei n. 7.389/80 e o Decreto n. 4.605/84 do Estado do Paraná. O segundo acórdão trata da não aplicação de

restrição convencional aposta de forma manuscrita na escritura de compra e venda de 1935 e não reproduzida nas escrituras subsequentes. Logo, os Acórdãos 2, 3 e 5 não carecem de maiores análises.

Já o quarto acórdão, Recurso Especial julgado em 2000, exara o entendimento de que as restrições urbanísticas convencionais se sobrepõem à legislação municipal superveniente, a menos que as novas leis urbanísticas “não tolerem o status quo”. Melhor dizendo, a menos que as restrições urbanísticas convencionais estejam em confronto com o interesse público constante da nova legislação. O que não seria o caso do REsp em análise. Ademais, o Recurso Especial não foi admitido, sendo certo que o STJ não se posicionou efetivamente sobre a interpretação do artigo 26 da Lei n. 6.766/79. Esse julgado acolhe a tese que aqui defendemos, a de que a nova lei urbanística pode tornar sem efeito as restrições convencionais se assim o determinarem as exigências da função social da propriedade urbana. É de se ter cuidado com o julgado, porque, em nosso entendimento, um precedente não chega a se firmar se o recurso não é conhecido. Veja-se a ementa:

CIVIL. LOTEAMENTO. LEI MUNICIPAL SUPERVENIENTE QUE, SEM DETERMINAR MODIFICAÇÕES NO LOTEAMENTO ORIGINÁRIO, ADMITE O USO DO SOLO ALÉM DOS LIMITES PREVISTOS PELAS RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. DIFERENÇA ENTRE ALTERAÇÃO URBANÍSTICA DITADA PELO INTERESSE PÚBLICO E LICENÇA PARA CONSTRUIR NO INTERESSE DO PROPRIETÁRIO. O loteador está sujeito às restrições que impôs aos adquirentes de lotes, não podendo dar aos remanescentes destinação diversa daquela prevista no memorial descritivo, pouco importando que a lei municipal superveniente permita a alteração pretendida; as leis urbanísticas só se sobrepõem aos ajustes particulares quando já não toleram o status quo - hipótese de que não se trata na espécie, onde tanto o loteamento originário quanto sua pretendida alteração estão conformados às posturas municipais. Recurso especial não conhecido.

(REsp 226.858/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 07/08/2000)

Para a investigação, resta o primeiro resultado encontrado que analisa o mérito da questão. Ele diz respeito ao REsp mais recentemente julgado, que se trata do caso do loteamento City Lapa na Cidade de São Paulo (REsp n. 302.906-SP). Nesse julgamento, o STJ determinou a prevalência da restrição convencional sobre a aprovação de construção dada pelo Executivo Municipal.

No entanto, o acórdão indica parâmetros para a revisão da legislação pelo município.

É de se notar que, no caso do município de São Paulo, a Lei Municipal n. 8.001/73, com redação dada pela Lei n. 9.846/85, admite restrições urbanísticas convencionais. De mesma forma, garante que elas prevaleçam sobre a própria legislação municipal, caso sejam mais restritivas, caso assegurem maior proteção ao meio ambiente.

Examinando o caso, a ministra Eliana Calmon, em seu voto vista, cogita a possibilidade de ser editada nova lei municipal menos restritiva que as restrições urbanísticas convencionais já estabelecidas, confira-se:

Assim, entendo que a norma local pode extinguir regra oriunda de convenção das partes, se se verificar a incompatibilidade das regras particulares com a regra municipal, que representa o interesse público. Podemos, então, estabelecer que, em matéria de urbanização, a prioridade é a regra emanada do município. Se acomodadas no seu seio, as regras convencionais adquirem caráter cogente. Se, diferentemente, põem-se em testilha com as normas municipais, a prevalência será das regras oficialmente públicas. A questão colocada pelas partes é a de que a regra normatizada no art. 39 da Lei n. 8.001/73 estabeleceu, no confronto entre as restrições convencionais e as restrições municipais, que devem prevalecer as mais rígidas. Como, na hipótese, a rigidez mais acentuada está com as regras convencionais, a prevalência deve ser delas; (REsp. n. 302.906-SP, voto vista da ministra Eliana Calmon, pp. 26, 27.)

Tratando ainda da hipótese de alteração posterior da legislação municipal, a ministra exemplifica como o interesse público há de ser superior ao interesse privado:

Imagine-se, por absurdo, que no início do século fosse estabelecido pelos Matarazzo, proprietários de grande número de propriedades em, hoje, valorizadas áreas, como por exemplo, no atual Bairro dos Jardins, à época exclusivamente residenciais e com prédios unifamiliares; por hipótese, convencionassem-se para a área fracionada de suas propriedades a restrição de ali não se estabelecer prédios em vertical, ou com destino de comércio. Estaria o município obrigado a respeitar tal convenção? Penso que não, na medida em que a municipalidade, dentro de uma visão global, é quem dita as regras restritivas, como está no art. 572 do Código Civil revogado. (REsp. n. 302.906-SP, voto vista da ministra Eliana Calmon, p. 28).

Meirelles (1975), em seu trabalho “As restrições urbanísticas de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes” conclui que tais restrições convencionais apenas são válidas quando não há legislação urbanística,

perdendo sua vigência a partir do momento em que o município supre a lacuna legislativa e as edita. Eis a lição:

Nem sempre os municípios editam prontamente as normas urbanísticas de sua competência. Mas, é nessa lacuna que atuam as convenções dos loteadores, até a promulgação das leis locais concernentes ao uso e ocupação do solo urbano e urbanizável. (1977, p. 480.)

E o autor continua reafirmando que a legislação municipal, por se tratar de interesse público, é superior e prevalece sobre as regras particulares:

Tais restrições, sendo convencionais, operam efeitos entre o loteador e os que vão construir no bairro, enquanto não colidentes com a legislação urbanística ordenadora da cidade e de seus núcleos urbanos formados por loteamentos particulares. Essas restrições convencionais são supletivas das normas legais e atuam nos seus claros enquanto a legislação não estabelece normas urbanísticas que irão tomar o seu lugar. E é natural que assim seja porque a cidade cresce, evolui, exige novas atividades, para atender às necessidades supervenientes de sua população, o que impõe uma legislação dinâmica, variável e adequada à solução dos novos problemas urbanos. Esses problemas são tão complexos e vitais para as populações urbanas que o Poder Público não pode deles alhear-se, deixando-os ao alvedrio dos particulares e especialmente dos loteadores. Há que intervir, para organizar racionalmente a cidade, aumentando-lhe a funcionalidade, o conforto e o bem-estar de seus habitantes, e atender às novas exigências da comunidade. (Idem, pg. 481, grifos no original)

Silva (2006), por seu turno, analisando o inciso VII do artigo 26 da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, afirma que:

(...) as leis urbanísticas são de direito público, protetoras, pois, do interesse geral da comunidade, que não admite derrogação pela vontade particular. Se as convenções urbanísticas particulares pudessem prevalecer, em qualquer hipótese, sobre as leis urbanísticas, teríamos o interesse particular se sobrepondo ao interesse público, o que é inadmissível. (SILVA: 2006, p. 290)

Silva (2006) admite, porém, que a lei municipal poderá determinar a prevalência das restrições particulares sobre as próprias regras da legislação, quando forem mais rigorosas (as restrições convencionais). Esse foi o fundamento empregado pelo STJ para entender, no caso City Lapa, que as restrições convencionais teriam maior força que as regras da lei. Isso, porque, repita-se, a própria lei do município de São Paulo assim previa, não podendo o administrador escolher a seu talante qual regra aplicar.

Entendemos que a flexibilização das restrições convencionais pelo município, ou mesmo sua supressão, pode ser feita quando o interesse público nesse sentido for determinante, respeitando-se o meio ambiente, inclusive. Logo, se no processo de planejamento municipal ficar indicado que as restrições convencionais impedem o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, tais restrições ficam revogadas pela aprovação da nova lei.

Pinto (2005), referenciando Rolnik (1997) consigna que é prática comum moradores de áreas bem estruturadas serem contrários ao adensamento objetivando preservar a qualidade e bem-estar de seu espaço. Esclarece que:

Para tanto, dotam-se padrões elitistas de urbanização, mediante a exigência de lotes grandes, edificações baixas e delimitação de área urbanizável reduzida. A restrição à produção de novas habitações favorece aos atuais proprietários, uma vez que reduz a oferta e aumenta os preços dos imóveis edificadas. Isto pode levar, entretanto, a uma subutilização da infraestrutura e à segregação da população de baixa renda. (PINTO: 2005, p. 66)

Essa prática de evitar o adensamento pode vir a ser contrária a um dos fundamentos da República, o de reduzir as desigualdades sociais (CF, art. 3º, III), que será adiante mencionado. É no caso concreto que se verificará se as práticas privadas vão ao encontro das diretrizes da política urbana municipal traçadas no plano diretor, ou se vão de encontro com elas, bem como se estão de acordo com as indicações e exigências da função social da propriedade urbana.

No presente caso em estudo, o planejamento realizado pelo município consulente indica como função social da propriedade urbana o uso misto de residência e comércio em determinadas localidades, bem como indica a obrigatoriedade de os proprietários murarem seus imóveis a fim de preservá-los de invasão e proliferação de vetores. Tais orientações para a função social da propriedade urbana devem prevalecer sobre as restrições urbanísticas convencionais.

Anote-se que, no caso deste estudo, de acordo com as informações fornecidas, o município não aprova as restrições convencionais e, ainda assim, elas são inscritas no registro de imóveis, ao arripio da Lei n. 6.766/79.

Contudo, apesar da informação do contratante de que não aprova as restrições urbanísticas, na decisão do MS encaminhada, o juízo registrou na sentença que, em suas informações, as autoridades coatoras aduziram estarem as restrições urbanísticas registradas na Administração Municipal e no Cartório de Registro de Imóveis. Dessa forma, o juízo sequer adentrou o mérito de terem sido validamente constituídas as restrições, limitando-se a analisar se as restrições devidamente registradas, conforme atestaram as próprias autoridades coatoras, têm ou não poder vinculativo em relação aos adquirentes do imóvel.

A questão sobre a qual versa este estudo, todavia, é mais abrangente, pois também busca saber se, mesmo aprovando as restrições urbanísticas convencionais, o município pode, posteriormente, modificá-las por lei, se assim o indicar o interesse público.

Em seu voto-mérito, o relator do Recurso Especial - REsp. n. 302.906-SP, o ministro Herman Benjamin, consignou que:

Em linha de princípio – princípio inescapável –, o Estado só está autorizado a flexibilizar restrições urbanístico-ambientais convencionais na presença de inequívoco interesse público, incapaz de ser atendido por outra via ou mecanismo menos gravoso à coletividade de vizinhos, jamais para satisfazer interesses políticos de momento, contingências eleitorais, arroubos populistas, objetivos imediatistas, ou para se curvar a demandas da febre insaciável da especulação imobiliária.

Vale dizer, o legislador pode, sim, abrandar as exigências urbanístico-ambientais convencionais. No entanto, ao contrário do amplo poder de intervenção que lhe confere a ordem constitucional e legal vigente para aumentar seu rigor, ao reduzi-lo só poderá fazê-lo em circunstâncias excepcionais e de maneira cabalmente motivada. (REsp. n. 302.906-SP, p. 71)

Ainda em seu voto, o relator cuida da hipótese em que, no entender do município, as restrições convencionais venham ofender o interesse público:

Como é curial, caso o Município entenda que determinados controles negociais ofendem o interesse coletivo e a função social da propriedade, ou configuram abuso de direito, pode ele se valer de diversos instrumentos para corrigir a distorção, como: desapropriação, parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo etc. (art. 182, §4º da CF). Cabe-lhe, ainda, buscar judicialmente a retificação do registro imobiliário para exclusão da restrição convencional que entender inválida. (REsp. n. 302.906-SP, p. 81)

Tal entendimento reitera o posicionamento anterior do STJ no REsp n. 226.858-RJ de que as restrições convencionais podem ser afastadas se confrontarem com o interesse público, o que vem ao encontro da tesa que ora defendemos.

4. A FORÇA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA NO PLANO DIRETOR

Ao final, cumpre ainda tratar dos princípios constitucionais que condicionam a Política Urbana, os quais, como se sabe, têm maior força no ordenamento jurídico brasileiro. Eles determinam a validade das leis, determinam sua interpretação e aplicação pela Administração Pública, Poder Judiciário e até mesmo pelos particulares.

Ordinariamente, a argumentação sobre os princípios constitucionais é realizada no início dos estudos e pesquisas, cumprindo o ritual de seguir, de cima para baixo, a hierarquia kelseniana das normas. Esse raciocínio permite a dedução da validade da norma subsequentemente estudada a partir do entendimento das normas anteriores (e superiores), mas não prescinde da retomada da análise do conteúdo principiológico quando se quer aferir a adequação da interpretação das regras de hierarquia inferior ao conteúdo do princípio.

Já neste estudo tópico, a partir do caso concreto, pode-se alegar a perda do estudo dogmático e sistemático dos princípios, o que seria verdade se esse fosse um dos objetivos do trabalho. No entanto, sendo a proposta do estudo a solução do caso concreto e a compreensão dos caminhos que levam às possíveis soluções, dispensa-se a compilação da dogmática principiológica para focar na relação entre o conteúdo dos princípios e a interpretação das regras jurídicas inferiores.

Logo, cabe apresentar, resumidamente, os valores constitucionais que condicionam a interpretação do Direito Urbanístico e das situações do caso concreto, a relação entre restrições urbanísticas e legislação municipal. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 traz, entre os fundamentos da República, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, entre

seus objetivos, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). E, ainda, o de “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III). O artigo 5º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, elenca a função social da propriedade (XXIII) e, no artigo 6º, no capítulo dos direitos sociais, traz, a partir da Emenda Constitucional n. 26/2000, o direito à moradia. Mais adiante, a Constituição estabelece que:

Art. 182. A 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.

Esse processo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade” é feito mediante planejamento participativo que culminará no plano diretor da cidade. Esse, por sua vez, além das tradicionais limitações ao direito de propriedade, poderá realizar exigência para que ela, a propriedade, cumpra sua função social. Esse é o teor do § 2º do mencionado artigo 182:

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Cabe destacar que a política de desenvolvimento urbano de que trata esse artigo 182 está inserida no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, porque o desenvolvimento de cidades é atividade econômica. Assim, ela está submetida aos princípios do artigo 170 da Constituição, em especial, para o caso em estudo, a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV), a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII). Tais comandos constitucionais foram desembaraçados pelo legislador ordinário em diretrizes gerais da política urbana consignadas no Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, especificamente em seu artigo 2º, cuja análise, todavia, não é objeto deste estudo.

Deve-se compreender que, na elaboração do plano diretor e, portanto, na definição dos critérios para que a propriedade urbana cumpra determinada função social, o município deve equacionar as demandas da cidade e a

regulação das atividades privadas, empregando como ferramenta a ponderação dos valores constitucionais de função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais. Para tanto, deve focar, especialmente dentre os princípios fundamentais, no da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e livre iniciativa, e nos objetivos fundamentais que podem ser condensados na expressão desenvolvimento, igualdade e solidariedade sociais. Essa definição de processo de planejamento municipal passa pela incorporação das diretrizes gerais da política urbana do Estatuto da Cidade, que são, como se disse, desdobramentos dos princípios constitucionais para a área da política urbana.

As restrições urbanísticas convencionais devem também se adequar à função social da propriedade urbana. Tenham elas caráter geral (quando observados os artigos 18 e 26 da Lei n. 6.766/79 e aprovadas pelo município) ou caráter individual (quando inscritas apenas no contrato entre loteador e adquirente).

No caso em exame, no curso do processo participativo de revisão do plano diretor, o município (Poder Público e Sociedade Civil) irá compreender a dinâmica urbana da cidade e estabelecer, com observância dos princípios constitucionais, as limitações e exigências de ordenamento territorial para que a propriedade urbana cumpra sua função social.

Isso feito, poderão permanecer vigentes as restrições urbanísticas convencionais que estiverem de acordo com a função social da propriedade expressa no plano diretor. Entretanto, as restrições divergentes devem ser canceladas no registro de imóveis, por requerimento do interessado, nos termos do artigo 250, III da Lei de Registros Públicos, tenham ou não sido previamente aprovadas pelo município. O caminho para modificação de restrições convencionais previamente aprovadas pelo município, quando confirmam maior proteção ao meio ambiente que a lei municipal, é, no entendimento do Min. Herman Benjamin, Relator do REsp. n. 302.906-SP, a motivação da modificação e a demonstração da existência de circunstância excepcional.

É de se entender que a revisão do plano diretor, como ocorreu no município contratante, com seus estudos técnicos e processo participativo, constitui o fundamento da motivação do interesse público municipal. Por sua vez, a referida motivação recai no estabelecimento de novas regras urbanísticas incompatíveis com as restrições convencionais que não são recepcionadas. Assim, caracterizam, também, as circunstâncias diferenciadas da cidade, as quais são diversas das existentes no momento em que se permitiram as restrições convencionais. Isso, porque a cidade é dinâmica e não pode ficar presa no tempo por conta de acordos entre particulares, ainda que aprovados pela municipalidade.

Para exaurimento, pelo contratante, do caminho indicado no REsp n. 302.906-SP, deve ficar consignado no Plano Diretor como a propriedade urbana cumpre a função social. Tal obrigação deve ser expressa para cada macrozona em que se dividia a cidade. Em seguida, as leis de parcelamento, de uso e ocupação do solo urbano também devem estipular o tratamento dado às restrições urbanísticas convencionais, se são ou não admitidas, quais seus efeitos e relação com eventual legislação posterior. Em não sendo admitidas as restrições urbanísticas convencionais, qualquer acerto contratual nesse sentido terá efeito apenas entre as partes que celebraram o contrato, sendo vedado ao Cartório efetuar o registro dessas convenções na matrícula do imóvel, cabendo ao município e ao Ministério Público, inclusive, buscar, em Juízo, a declaração de nulidade de atos que violem as leis e o interesse público.

5. CONCLUSÃO

Este estudo partiu do caso concreto apresentado por determinado município no âmbito do trabalho do IBAM de Assessoria Técnica para revisão do Plano Diretor. O referido trabalho tinha o propósito de verificar a possibilidade de esse município derrubar as restrições urbanísticas convencionais existentes, bem como impedir a existência do registro de novas restrições convencionais nos loteamentos.

Empregou-se estudo tópico examinando o caso em questão e a possibilidade conferida pela legislação nacional para inclusão de restrições

urbanísticas convencionais. Somou-se a isso a análise da jurisprudência do TJMG e do STJ, em pesquisa quantitativa e qualitativa.

Ao final, buscou-se o esteio dos princípios constitucionais e do caminho para definição pelos municípios da função social da propriedade urbana, sendo possível concluir que:

1. Os requisitos urbanísticos de loteamento são os da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, Lei n. 6.766/79 (art. 4º), e da legislação municipal, por força da própria Lei n. 6.766/79 e da competência constitucional dos municípios (CF, art. 30, VIII);

2. A Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano admite restrições urbanísticas convencionais, desde que indicadas no projeto de loteamento e no contrato padrão, conforme artigos 18 e 26 da Lei e aprovadas pelos municípios, cabendo a estes, ainda, regular em sua legislação o tratamento conferido às restrições convencionais, se são ou não admitidas;

3. Quando não admitidas ou não aprovadas pelo município, as restrições convencionais não podem ser arquivadas no contrato padrão e apenas geram efeitos entre os contratantes;

4. A cidade é dinâmica e não pode ficar refém dos acordos particulares, cabendo ao plano diretor concretizar, em observância aos princípios constitucionais e às diretrizes da política urbana expressas no Estatuto da Cidade, a qualificação da função social da propriedade urbana, que será determinante e superior aos interesses privados;

5. As restrições convencionais porventura existentes e incompatíveis com a função social da propriedade urbana, ora definidas no Plano Diretor, não subsistem, podendo o município pleitear o cancelamento de sua transcrição no cartório de Registro de Imóveis;

6. A revisão do Plano Diretor do município contratante deve considerar os princípios constitucionais e especializar no território municipal as escolhas fundamentadas nos estudos técnicos e no processo participativo, incluindo na lei, se assim indicarem os estudos técnicos, a proibição de aprovação pela municipalidade de restrições urbanísticas convencionais.

A partir do método empregado para resolução do caso concreto do município contratante, podemos abstrair um raciocínio genérico aplicável a

todas as hipóteses semelhantes, quais sejam, as de leis municipais que venham retirar, ou tornar sem efeito, as restrições urbanísticas convencionais.

Nesse sentido, a função social da propriedade é, em si, um poderoso instrumento para efetivar um dos fundamentos da República, o da “dignidade da pessoa humana”, bem como os objetivos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Para esse desiderato, é indispensável que os municípios planejem as atividades econômicas de urbanização, que planejem o ordenamento do parcelamento, do uso e da ocupação do solo urbano por meio de um processo de estudos técnicos e participação popular. Por certo, tais estudos legitimarão as exigências inseridas no plano diretor a fim de que a propriedade cumpra sua função social. Assim, a lei do Plano Diretor externará o interesse público urbanístico que poderá vir a ser contrário ao status quo e contrário a eventuais restrições urbanísticas convencionais, ficando essas, portanto, sem efeito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 58/37**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De1058.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.015/73. Lei de Registros Públicos**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.766/79. Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.257/2001. Estatuto da Cidade**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002. Código Civil Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. **Missão**.
<http://www.ibam.org.br/info/institucional/16> . Acesso em: 28 ago. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. As restrições urbanísticas de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Ed. Fórum, nº 120 abr/jun, 1975.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 8ªed: Malheiros, São Paulo, 2000.

NASCIMENTO, Fábio Severiano do. As Restrições Convencionais e as Leis Urbanísticas no Loteamento. *In: Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 4, n.1, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico: plano diretor e direito de propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.

Recebido em | 01/10/2019

Aprovado em | 03/12/2019

Revisão Português | Flávia Fernandes Aguiar de Alencar
Revisão Português/Inglês | Leonardo Jacinto Teixeira

SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR*

EDUARDO GARCIA RIBEIRO LOPRS DOMINGUES

Advogado. Mestre e Doutor em Direito da Cidade pela UERJ. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Consultor Jurídico do Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM) em Política Urbana, Direito Público e Urbanístico. E-mail: edomingues@unirio.br.