

Ordenação do Solo Urbano e Zoneamento: Limites do direito adquirido ao uso e ocupação do solo

Jair Eduardo Santana
Mestre em Direito do Estado (Puc / SP)
Professor em cursos de pós-graduação. Atua na capacitação
de servidores públicos das três esferas de governo
Magistrado de Entrância Especial

Sumário

1. Que é zoneamento? 2. Zoneamento urbano abrange a área rural? 3. Natureza jurídica do zoneamento. 4. O zoneamento e sua antiga dimensão. 5. O zoneamento na Constituição atual. Competências. 6. Plano Diretor: Obrigatoriedade e facultatividade. Questões. 7. Corporificação das normas de zoneamento. 8. Zoneamento, direito de construir, direito à propriedade e problemas de ordem intertemporal. 9. Usos conformes, desconformes e tolerados. 10. Licença e autorização de edificar e de uso. 11. Direito adquirido ao uso e à ocupação do solo. 12. Resumo conclusivo.

1. Que é zoneamento?

Zoneamento é termo que possui vários significados. Antes de mencioná-los, mais importante será dizer que o assunto está inserido e integra o *processo de planejamento permanente do Município* juntamente com o (i) plano de governo, (ii) os planos regionais, (iii) plano plurianual, (iv) a lei de diretrizes orçamentárias, (v) o orçamento anual, estando alocado mais especificamente no (vi) Plano Diretor, como *instrumento básico da política de desenvolvimento urbano*.¹ Quer-se dizer que o Plano Diretor - que tem como objetivo geral promover a ordenação dos espaços habitáveis do

¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 2ª ed., p. 121.

Município e sistematizar o desenvolvimento físico, econômico e social do território local, visando sempre ao bem-estar da comunidade- possui também a função de dispor sobre as *vias, o zoneamento e os espaços verdes*, dando-lhes as diretrizes. Em outras palavras, o Plano Diretor deve - em nosso entender- fixar as linhas gerais para que lei de uso e ocupação do solo detalhe com precisão a *ordenação do solo* no Município. Zoneamento é, então, *instrumento de materialização do Plano Diretor*.

Fique consignada a idéia de que a *ordenação do uso e ocupação do solo é um dos aspectos substanciais do planejamento urbanístico*.² A aplicação de diversos instrumentos legais para essa mencionada *ordenação* tem se efetivado sob o conceito de *zoneamento* do solo.

Aí pois a localização do *zoneamento*. Vejamos agora alguns conceitos. Na linguagem comum *zoneamento* é o *ato ou efeito de zonedar, dividir por zonas; divisão nacional de uma área urbana em setores reservados a certa atividade*.³ No sentido próprio, a sua significação não difere muito da orientação comum.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é a *disciplina condicionadora do uso da propriedade imobiliária mediante a delimitação de áreas categorizadas em vista das utilizações urbanas nela admitidas*.⁴

José Afonso da Silva tem o zoneamento como *um procedimento urbanístico destinada a fixar os usos adequados para as diversas áreas do solo municipal ou a repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do uso do solo ou das características arquitetônicas*.⁵

Para Hely Lopes Meirelles, consiste o zoneamento *na repartição da cidade e das áreas urbanizáveis segundo a sua precípua destinação de uso e ocupação do solo, estabelecendo normalmente as áreas residenciais, comerciais e industriais; delimitando os locais de utilização específica, tais como feiras, mercados, estacionamentos de veículos e outras ocupações*

² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 214.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2ª ed., 31ª impr., p. 1807.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza jurídica do zoneamento - efeitos*. RDA, 147:23-34.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 215.

*espaciais permanentes ou transitórias; ordena a circulação, o trânsito e o tráfego no perímetro urbano; disciplina as atividades coletivas ou individuais que de qualquer modo afetem a vida da cidade.*⁶

Encontramos em Toshio Mukai a notícia técnica de que o zoneamento é a *divisão da comunidade em zona para o fim de regular o uso da terra e dos edifícios, a altura e o gabarito das construções, a proporção que estas podem ocupar e a densidade da população.*⁷

Verifica-se num primeiro instante que o zoneamento nada mais é do que *instrumento legal posto à disposição do Poder Público para que defina os diversos setores da cidade, catalogando-os de acordo com os seus diversos usos à vista das diferentes atividades.* Referimo-nos, como se vê, ao *zoneamento de uso do solo ou funcional.* Daí se extrai que o zoneamento cuida de fracionar espacialmente o território municipal em (i) zona urbana, (ii) zona urbanizável, (iii) zona de expansão urbana e (iv) zona rural.

2. Zoneamento urbano abrange a área rural?

Apesar de se falar em *zoneamento urbano* é correto que a sua ação não deve ser restringir ao perímetro urbano, devendo se projetar para fora dele, cuidando da ordenação de *todo o território do Município.*

Outra não é a lição de MEIRELLES ao dizer que “embora não caiba ao Município o zoneamento rural, compete-lhe regular o uso e a ocupação das áreas destinadas a urbanização, ainda que localizadas fora do perímetro urbano, porque estes núcleos irão constituir novas cidades ou ampliação das existentes, e, por isso, devem ser ordenadas urbanisticamente desde o seu nascedouro, para que não venham a prejudicar a futura *zona urbana*”.⁸

⁶ MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, 6ª ed., p. 406.

⁷ MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 247.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 106.

Quer-se dizer que o zoneamento terá que necessariamente abranger as *zonas urbanizáveis* (projetando-se para o futuro) e de *expansão urbana*, alcançando, sem dúvida, as áreas localizadas na zona rural.

3. Natureza jurídica do zoneamento

Visto esses detalhes (a localização da matéria e seus conceitos), é de se dizer sobre a sua natureza jurídica. Perguntamos: a que espécie jurídica pertence o *zoneamento*? Decorre do Poder de Polícia? Há os que o colocam, em decorrência disso, ao lado de outras *limitações administrativas*, como é o caso das servidões e da desapropriação. O *zoneamento interfere diretamente sobre o direito de propriedade*, e muitas vezes, ao regular aspecto de seu exercício acaba por restringi-lo ou imprimir-lhe nova conformação jurídica relativa ao seu gozo e fruição. É exatamente esse o objetivo do poder de polícia do Estado; o Poder Público age em benefício da harmonia do conjunto do território e da convivência pacífica da coletividade.⁹

Em contrário, diz José Afonso da Silva, que essa *natureza do zoneamento decorre, nos nossos dias, não tanto do poder de polícia, mas da faculdade que se reconhece ao Poder Público de intervir, por ação direta, na ordem econômica e social, e, portanto, no domínio da propriedade privada e do direito de construir, a fim de conformá-la à sua função social. São, por isso mesmo, condicionamento gerais, não indenizáveis os possíveis prejuízos que daí possam advir. Mantemos aqui a posição que já sustentamos antes e que merece discordância de importante corrente de publicistas que entendem que o assunto se insere na temática do poder de polícia e, assim, pertence ao gênero das limitações administrativas. Essa tese esvazia o zoneamento como instrumento de ordenação do solo e de áreas de preservação ambiental, já que o exercício do poder de polícia esbarra com limites muito acentuados no campo da disciplina da propriedade e no*

⁹ Em tal sentido, tendo o zoneamento como decorrente do poder de polícia, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, p. 25), Toshio Mukai (*Op. cit.*, p. 284) e Hely Lopes Meirelles que não chega propriamente a tratar do tema como tal; diz que o zoneamento *deriva* do poder de polícia (“in” José Afonso da Silva, *Zoneamento ambiental*, p. 442).

*domínio econômico. O pior é que ou afasta o zoneamento de uma concepção de instrumento de conformação da propriedade à sua função social, que é o que sustentamos, ou põe esta na linha do poder de polícia ou confundida com as limitações administrativas. Acho até que a Constituição de 1988 dá razão à posição que assumimos.*¹⁰

É preciso tomar partido na discussão.

Poder de Polícia, em termos genéricos, é aquele que possui a Administração para condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividade e direitos individuais, em prol da coletividade ou do próprio ente político; *é o poder de polícia a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.*¹¹

Não nos parece que a ordem constitucional vigente permita afirmar-se que o zoneamento decorra especificamente do poder de polícia que dispõe a Administração; parece-nos assistir razão ao entendimento exposto por José Afonso da Silva,¹² até mesmo porque, como se sabe, o direito de propriedade insculpido na Constituição Federal não é absoluto. Muito pelo contrário, deve ceder diante de interesses maiores da coletividade, notadamente em face da tão falada *função social da propriedade*; não havendo que se confundir esta última com as limitações administrativas. São de fato coisas diversas.

Seguro, entretanto, que o *zoneamento*, como divisor do território municipal em zonas de uso, sempre foi considerado um dos principais instrumentos do planejamento urbanístico municipal, configurando um plano urbanístico especial.

A todo modo, é resgatável do instituto alguns *princípios* que o informam: (i) somente poderá possuir *caráter geral*; com isso, veda-se a singularização de determinada categoria de indivíduos que se encontrem

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Zoneamento ambiental*, BDM agosto/91:440-46.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 1993, p. 88.

¹² *Zoneamento ambiental, loc. cit.*

em idêntica situação; (ii) as disposições relativas ao zoneamento *não podem ser ilimitadas*, visto que devem respeitar a essencialidade do direito de propriedade; (iii) *não são indenizáveis*, porque não ofende o direito de propriedade; antes, dá-lhe o contorno e (iv) só pode derivar de *lei formal*.¹³

¹³ A enumeração feita segue a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, p. 35-8) e merece esclarecimento. (i) o *caráter geral* de que deve se revestir o zoneamento, em verdade, decorre da própria necessidade de ser editado via *lei formal*. De qualquer modo, objetiva-se com isso que dirija-se ele a uma classe de indivíduos que se encontrem em idêntica situação. Ao reverso, se almejar uma determinada propriedade singularmente considerada, óbvio que se estará interferindo no próprio direito pelo só fato de se tratar de modo distinto imóveis que em tese deveriam se submeter à disciplina comum; (ii) a *ilimitação* que nos fala o ilustre Professor da PUC de São Paulo induz à idéia de que a propriedade possui atributos que lhe são próprios, expressos comumente através do *jus fruendi, utendi e abutendi*., ou seja, são elementos que constituem a propriedade o direito de usar (tirar dela todos

Jair Santana

www.jairsantana.com.br
jairsantana@jairsantana.com.br
[críticas serão bem recebidas]

os proveitos e serviços que pode efetivamente prestar, sem que haja modificação em sua substância), o direito de fruir (vazado na possibilidade da percepção dos frutos e na utilização dos produtos da coisa) e o direito de dispor (possibilidade de alienar a coisa a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de gravá-la de ônus ou de submetê-la a serviço de outrem). E o zoneamento não pode “anular ou paralisar as manifestações do direito de propriedade” (*Op. cit.*, p. 38). Acaso o faça, surgirá direito a indenização, porque houve, no caso, lesão à essência do direito. Essas noções relativas à substância estão ligadas à idéia de *funcionalidade* (aptidão natural do bem em conjugação com o destino social que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido), que não pode ser retirada da propriedade por força do zoneamento. “É isso que o Direito quer proteger quando consagra, constitucionalmente, o direito de propriedade” (*Op. loc. cit.*). Quando o zoneamento possibilita a alteração econômica da coisa não há direito à indenização exatamente porque permanecem conservados, intactos, os precitados elementos constitutivos da propriedade; (iii) daí a idéia de que não são *indenizáveis*. Se se tratasse de sacrifício de direito (onde se o aniquilaria), aí então poder-se-ia imaginar a indenização; (iv) por fim, as limitações impostas pelo zoneamento somente podem decorrer de *lei formal*. Esta é que, segundo princípio magno exposto no Texto Constitucional, pode criar direito e obrigações. Nunca o ato administrativo, cabendo lembrar que este é ato *infralegal* e se subordina por completo à atividade legislativa.

No tocante ao aspecto último - a necessidade de lei do qual derive- o zoneamento poderá apenas ser objeto de ato administrativo no que diga respeito à *individualização das áreas já zoneadas, especificando os usos concretamente para cada local*.¹⁴ Ou seja, apenas se dá ao decreto a possibilidade de tornar efetivo o disposto na lei de zoneamento, posto que tal atividade inclui-se dentro da esfera da polícia administrativa.

4. O zoneamento em sua antiga dimensão

Durante o período Colonial, as preocupações urbanísticas voltavam-se para o “embelezamento” das cidades. É o que se vê da determinação da Câmara Municipal de Villa Rica (hoje Ouro Preto) tomada em 1712, ao permitir que a vereança fizesse vistoria nas casas ali localizadas para “que se arruassem e ficasse praça suficiente por ser defronte da igreja para ficar mais vistosa aquela rua”.¹⁵

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. *Zoneamento urbano*. RDP 93: 257 e ss., de onde se resgata a seguinte ementa: “o uso e os índices urbanísticos só podem ser fixados por lei e a cada fixação considera-se uma alteração da lei de zoneamento, para os fins do previsto no artigo 54-A, a Lei Orgânica dos Município do Estado de São Paulo. Qualquer delegação do Executivo para instituir, em certas zonas ditas especiais, o uso e os referidos índices é inconstitucional”. Elucida o parecer o assunto em comento ao consignar o seguinte: “a lei de zoneamento pode fixar para cada zona em que se dividiu o território municipal o uso e os índices urbanísticos correspondentes ou indicar esse uso e ditos índices para algumas e deixar para o futuro o estabelecimento do uso e índices das outras. Tanto numa como noutra dessas hipóteses tem-se lei de zoneamento e a modificação do uso ou a sua fixação para a zona que ainda não o tem constitui-se, a nosso ver, alteração da lei de zoneamento. Com efeito, se uma zona tem uso residencial e se lhe atribui um uso misto, p. ex., ou se lhe estabelece uma taxa de ocupação menor que a vigorante até então, há de se entender que ocorreu uma alteração. Também entendemos ter havido uma alteração quando nada se dispunha a respeito de uso e de índices para uma dada zona (especial, como é o caso da consulta) e se lhe atribui um determinado uso e certos índices urbanísticos. Alterou-se a lei. Essa nada estabelecia, agora estabelece. Se não fosse assim, o que se deveria entender que houve? Antes, pela falta da fixação do uso, nada se podia; agora, já se pode. Se agora se pode é, certamente, porque a lei se modificou” (p. 259).

Cumpra dizer que a hipótese específica tratou de “delegação do poder de tratar via lei para que o Executivo cuide, por decreto, da definição dos índices e usos urbanísticos para certas zonas”.

¹⁵ Para aprofundamento na evolução da disciplina urbanística no Brasil, consulte-se SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, *Op. cit.*

Antes mesmo disso, contudo, as Ordenações do Reino já deixavam entrever a competência das autoridades locais para a disciplina das imposições urbanísticas, que tocavam aos Vereadores.

No começo da República, o Código Sanitário de São Paulo dizia: “As autoridades locais deverão determinar onde devem ser construídas as fábricas e oficinas, para onde deverão ser removidas as que são prejudiciais”.

Anota BERNARDES, a esse propósito, que “apesar dessa manifestação isolada de preocupação com a racionalização das urbes, o que se nota é que as cidades brasileiras cresceram sob o signo da necessidade, da imposição e do acaso: da necessidade, porque as relações econômicas e de poder determinavam a localização das cidades no litoral, já que nossa economia, voltada basicamente para fora, encontrava nos portos o elo de ligação entre o Brasil-Colônia e a Metrópole. Além disso, grande parte da população brasileira esteve dispersa em fazendas e pequenos povoados, exceto alguns poucos centros que surgiram em função dos ciclos econômicos.

Da imposição, porque, como aconteceu com Brasília, muitas cidades foram criadas a partir de uma decisão de governo. Nesse sentido escreveu Raimundo Faoro: *‘determinava o Rei a fundação de uma vila ou cidade e, traçado o limite urbano, as populações para lá se deslocavam’*.

Do acaso, finalmente, porque a escolha dependia, também de opções individuais, orientadas, no mais das vezes, por acidentes geográficos. A intervenção estatal, em termos de espaço, restringia-se basicamente a construção e abertura de estradas rodoviárias e ferroviárias, visando ao escoamento da produção.

A partir da virada do século, percebe-se uma tendência, ainda tibia, é claro, de se planejar o espaço físico da cidade consoante valores eminentemente estéticos.

Os anos 30, na esteira do burburinho de novas idéias, colocam na ordem do dia a ‘questão urbana’. Além disso, o processo de industrialização, a partir de um modelo importado de desenvolvimento de base urbano-industrial, vai provocar, como seu consectário, a gradativa inversão das

proporções que então apresentávamos: dois terços da população vivia no campo; hoje, mais de dois terços vive nas cidades.

Esse êxodo rural, que provocou a explosão das cidades, esfacelando-as, fez com que perdessem o que tinham de unidade e de espírito associativo.

Dominado por uma concepção privatística, nosso Direito procurou a solução para os problemas ambientais no direito de vizinhança. É o que verificamos ao examinar o artigo 554 do Código Civil”.¹⁶

Parelhada a essa evolução da disciplina urbanística, que acabou ganhando foros de constitucionalidade na Carta atual, também se encontra o Direito Ambiental em cuja seara o zoneamento também pode validamente interferir.

Não só pela inclusão normativa de dispositivos constitucionais relativos à disciplina urbanística, mas notadamente pela real necessidade de se planificar o uso do solo, em todas as suas modalidades, valendo-se do zoneamento, notamos que as regras que se originam de tais fatores são *conditio sine qua non* àquilo que as sociedades contemporâneas almejam: o bem-estar de seus habitantes, incluídos aí todos os aspectos possíveis que digam respeito ao *homem*.

5. O zoneamento na Constituição atual. Competências

A ordenação do solo urbano é exigência atual feita pela Constituição de 1988. Diz o artigo 182, em resumo, que haverá nos Municípios com mais de 20 mil habitantes um Plano Diretor para disciplinar a política de desenvolvimento e de expansão urbana e a função social da propriedade será atingida quando atender às exigências fundamentais postas por tal Plano ordenador.

¹⁶ BERNARDES, Rosângela Maria Antiório. *Zoneamento e controle ambiental*. “In” *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, coord. Adilson de Abreu Dallari *et alter.*, 1987, t. 1, p. 159-60.

Esse artigo 182 se junta ao disposto no artigo 30, inciso VIII, da mesma Constituição para dizer que é competência do Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso e da ocupação do solo urbano.

Por aí se vê que a competência legislativa do Município para disciplinar a matéria é privativa não cabendo interferência de outros entes políticos, ressalvada por obviedade a norma geral mencionada no “caput” do artigo 182.

Quer-se dizer com isso que a competência do Município, nessa matéria, não é suplementar e não decorre do inciso II do artigo 30. Apenas imagino que o artigo 182 e §§, e inciso VIII do artigo 30, devem estar observando sempre e fundamentalmente o “interesse local”, previsto no inciso I do citado artigo 30. Em outras palavras, a ordenação do solo urbano, incluído aí o controle de seu uso e ocupação e as regras genéricas fixadas pelo Plano Diretor, devem estar sempre atentos ao critério básico do interesse local.

Aí estão, em nosso ver, os fundamentos constitucionais que disciplinam o zoneamento.

Importante é fixar-se tais fundamentos, tendo-se sempre em conta o elemento da autonomia local, porque a ação municipal irá coexistir no mundo jurídico com outras disposições dos diversos entes políticos. Colocada em termos simples, poder-se-ia aventar a hipotética situação onde uma dada Unidade Federativa pretendesse edificar em certo Município. Claro que o ente estatal deve observar todas as regras urbanísticas postas pela municipalidade, não lhe sendo lícito transgredi-las.

Verifica-se que aqueles objetivos outrora existentes na disciplina urbanística (embelezamento da cidade, etc.), foram substituídos por outros. Mantém-se ao longo da história brasileira ampla competência municipal para disciplinar aspectos urbanísticos e imprime-se a essa disciplina o sentido de ordenação do desenvolvimento das funções sociais da cidade e de garantia do bem-estar de seus habitantes. A tudo o que se disse, a respeito da competência municipal, deve-se alinhar que há uma distinção muito importante a ser feita para não dar a impressão de que o

Município é “totalmente livre” para a disciplina da matéria em questão. Quando acima se ressaltou a lei referida no “caput” do artigo 182, pretendeu-se dizer que a política urbana também toca ao ente central. Inimaginável que diferente não fosse, porque tal ente funciona como elemento integrador e cumpre o seu papel hegemônico para dar coesão ao Estado Federal pátrio. Verifica-se, então, que há dois aspectos da política urbana. O primeiro, voltado para as atividades próprias dos entes locais, cuja fonte de validade já destacamos acima, e, o segundo, ligado que tem como objeto o desenvolvimento urbano em nível nacional ou macroregional. Este é da competência federal e pode ser dito “interurbano” (art. 22, XX, da Constituição Federal). Aquele é da competência local e pode ser nominado “intra-urbano”. A ordenação do território nacional e a disciplina de seu desenvolvimento econômico também é matéria afeta à União, como se vê pela leitura do artigo 21, IX da Constituição Federal. “Não poderá o Município excluir do seu território de atividade aquela que esteja consignada no Plano Nacional de Desenvolvimento - PND - pois, de tal modo, estará se colocando de modo contrário aos interesses nacionais, que transcendem aos seu próprios e peculiares”.¹⁷

¹⁷ Neste sentido é a lição de CARVALHO, Luís Alberto de Mattos Freire de (*in Aspectos jurídicos do zoneamento*. Temas de Direito Urbanístico, coord. Adilson de Abreu Dallari et alter. São Paulo: Editora RT, 1987, vol. 1, p. 149)

Também os Estados-membro desfrutam de competência para legislar sobre direito urbanístico, como se nota pela disposição feita no artigo 24, I, da Constituição Federal. Ocorre, porém, que a competência do Município -pensamos- é muito mais ampla que a dos Estados-membros em tal matéria;¹⁸ os Municípios muito mais podem fazer em termos concretos do que os Estados nos quais se inserem. É que a competência destes nesta seara é “concorrente”, estando tolhida pela legislação nacional pelas regras dos §§ do artigo 24. O mesmo já não ocorre com os Municípios. Estes, como vimos, estão habilitados à disciplina urbanística pelo artigo 30, I e VIII, 182 e §§, além de igualmente participarem da concorrência do artigo 24, I, por força do disposto no artigo 30, II. Nesta hipótese também deve ser atendido o critério do interesse local.

Os Estados-membros devem atuar, nessa área, *atendo-se praticamente a uma atividade de natureza indicativa, de criação de condições para o estímulo ou desestímulo dos particulares, principalmente na oferta de serviços e facilidades*.¹⁹ Claro nos parece que tudo o que diga respeito ao uso e ocupação do solo urbano mais está afeto ao Município que ao Estado-membro. Todavia, essa afirmação não pode ser tomada em caráter absoluto pois “a competência estadual para legislar sobre matéria urbanística que transcenda ao peculiar interesse local não contraria as disposições constitucionais e legais sobre o direito de propriedade”.²⁰

¹⁸ Veja-se, no mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, cit., p. 53 e ss.

¹⁹ CORRÊA, Antônio Celso Di Muno. *Planejamento urbano - competência para legislar dos estados e municípios*. RDP, 98: 261. Trata-se de um Parecer onde o autor esteve diante de situação na qual o Estado-membro fazia restrição à uma dada construção em certo Município. A restrição estadual era relativa ao “porte da obra” e não havia proibição semelhante nem no Plano Diretor ou outras leis do Município. A solução encontrada pelo parecerista não poderia mesmo ser de outra ordem: entender que a restrição estadual é descabida, notadamente por carecer ao Estado-membro competência para dispor sobre a matéria.

²⁰ RDA 162: 223. Trata-se de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em 08 de novembro de 1985, onde não se conheceu do recurso interposto. Porém, a ementa é elucidativa para o momento e deixa bem claro que o convívio entre as legislações dos diversos entes políticos deve se pautar pela regras de partilha de competência impostas pela Constituição Federal. Muito embora o julgado tenha se passado sob a égide de Constituição revogada, permanecem íntegras as premissas que fundamentaram a decisão.

6. Plano Diretor. Obrigatoriedade e facultatividade. Questões

Estamos neste instante tentando delimitar o fundamento constitucional da competência legislativa municipal em matéria urbanística e, mais precisamente, sobre o zoneamento. Uma questão que se coloca interessante e não é meramente de cunho acadêmico é a seguinte: a Constituição Federal exige, tem como obrigatória, a adoção de Plano Diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes. Levantamos duas questões: (i) A Constituição do Estado-membro onde se insere o Município que tenha menos de vinte mil habitantes pode obrigá-lo à adoção do Plano Diretor, já que também àquele ente toca a legislação urbanística? (ii) A Lei Orgânica municipal de Município que tenha menos de vinte mil habitantes pode exigir que a localidade tenha o seu Plano Diretor?

Quanto à questão (i) estamos tendo como parâmetro a Constituição do Estado de São Paulo que no seu artigo 181, § 1º, diz que os Planos Diretores são obrigatórios para “todos os Municípios” e deverão considerar a totalidade do Município. Somente a primeira parte do dispositivo é que nos interessa; até mesmo porque parece-nos que a segunda parte é correta. Claro que o Município deve considerar, na ordenação de seu território, também a zona rural e não somente a zona urbana. Mas isso é outro assunto e dele não podemos agora nos ocupar.

Creemos que a questão não demanda muita dificuldade. Lembramos de todos aqueles dispositivos que há pouco citamos (artigos 30, I e VIII, 182 e §§, 22, IX e XX, 24, I, todos da Constituição Federal). A interpretação sistêmica de tais dispositivos, somados aos artigos 1º e 18, que deixam entrever a estrutura federativa - de onde decorre a autonomia dos entes políticos- levam à única solução possível: é inconstitucional a disposição da Carta Paulista. Afronta irremediavelmente a autonomia municipal, invadindo espaço que não lhe é reservado.

Sendo assim, podemos ir além para demonstrar a inconstitucionalidade do respectivo preceito da Constituição Paulista²¹ para dizer que a “permissão” insculpida na Carta Federal se dirige ao Município e não ao Estado-membro. *Só ao Município com menos de 20 mil habitantes cabe decidir com liberdade sobre adoção de um plano diretor, não cabendo ao Estado transformar essa faculdade numa obrigação a ser cumprida pelo Município. Ademais, o Estado não é a entidade competente para dispor sobre o desenvolvimento urbano no Município. O desenvolvimento urbano é matéria de interesse local dos Municípios. A Lei Orgânica, como norma que dita regras gerais para o Município, pode prescrever a adoção de um plano diretor, mesmo que o Município não tenha 20 mil habitantes. É competência municipal dispor sobre a política de desenvolvimento urbano, independentemente do número de habitantes do Município, e sobre como esta será efetivada.*²²

Objetivamente, a Constituição estadual não pode exigir que Municípios com menos de vinte mil habitantes adotem Plano Diretor.

No tocante à questão (ii), a situação já é bem diversa.

A Constituição Federal diz que o Plano Diretor é “obrigatório” para Municípios que tenham mais de 20 mil habitantes. Em contrário, será “facultativa” a adoção do Plano Diretor quando a localidade tenha menos de 20 mil habitantes. Ora, institui-se, então, uma “faculdade” para os Municípios com menos de 20 mil habitantes; ou seja, podem tais “ter ou não” o mencionado Plano ordenador.

²¹ Cujá dicção é a seguinte: “Art. 181- Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes. § 1º - Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal” (o destaque é nosso). No mesmo equívoco não incorreu a Carta Mineira ao tratar da *política urbana* (artigos 224 e ss.), propondo *assistência aos Municípios que o solicitarem na elaboração dos citados planos diretores*, procedendo, inclusive, liberação de recursos do erário estadual e na concessão de outros benefícios em favor de objetivos de desenvolvimento urbano e social, merecendo especial e prioritária proteção aquelas localidades que já tenham o mencionado PD.

²² LEITE, Lesley Gasparini. *Plano diretor: obrigatório por força da lei orgânica municipal*. RDP, 97:273-4.

Se a Lei Orgânica se utilizou dessa “faculdade” para atuar positivamente, evidente que havia “permissão” para isso e nada mais está fazendo do que dar efetividade ao disposto no artigo 30, VIII.

Transpondo o problema para o âmbito da lógica jurídica, podemos afirmar que *quando se diz que o que não está proibido, nem está obrigatório, está permitido, a zona restante do permitido abrange essa área do permitido dentro do tipos normativos e o permitido como liberdade de fazer ou omitir, isto é, permissivo digamos multilateral.*²³ No caso, o *permissivo* que o Texto encerra se traduz na tão-só possibilidade dual de se fazer ou se omitir quando não se esteja obrigado a tal conduta. Em termos mais simples, *há permissão para fazer ou não o Plano Diretor quando não esteja obrigado o Município pela circunstância única de possuir mais de vinte mil habitantes. E a permissão, no caso, é apenas de possibilidade dual.*

7. Corporificação das normas de zoneamento

Segundo visto, o zoneamento consiste na repartição do território municipal conforme a destinação da terra, do uso do solo ou das categorias arquitetônicas. A repartição da terra ou do espaço físico do Município tem em conta a catalogação de *zonas* (delimitação das áreas) e também a categorização dos tipos de uso. No tocante à *repartição da terra*, divide-se o território local em *zona urbana, zona urbanizável, zonas de expansão urbana e zona rural*. No tocante *ao uso do solo*, comumente são tais zonas classificáveis em *zonas de uso residencial, zona de uso*

²³ “O permissivo é multilateral quanto aos possíveis conteúdos da conduta, mas bilateral porque reduz-se à dual possibilidade de fazer ou de omitir. Dizendo em linguagem de teoria formal dos conjuntos: o conjunto dos atos permitidos bilateralmente é o conjunto-complemento formado pelas condutas que não pertencem ao conjunto dos atos proibidos, e não pertencem ao conjunto dos atos obrigatórios. Esse conjunto-complemento, por isso que é bilateral (fazer/omitir), difere do que é permitido omitir fundado numa proibição, e o que é permitido fazer fundado numa obrigação. Abrange o conjunto de condutas às quais livremente se faculta quer a ação, quer a omissão (VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Educ e RT, 1977, p. 163).

*comercial, zona de uso institucional, zona de uso industrial e zonas de uso misto.*²⁴

Muito se discute sobre a conveniência (ou não) de se ter num dado Município *zonas exclusivas*; somente de uso residencial, somente de uso comercial, etc. Talvez a *cidade utópica*²⁵ pudesse ser assim: *zonas exclusivamente residenciais, zonas exclusivamente comerciais, etc.*, separadas umas das outras por conveniências que teriam em conta, precipuamente, a não-existência da mescla de uma função sobrepondo-se à outra; não haveria incômodo de qualquer ordem para os munícipes.

É seguro, no entanto, que a definição e a catalogação das diversas combinações possíveis somente podem ser aferidas e tomadas diante de uma dada realidade que considere as condições locais. É certo, ainda, que “o *solo urbano* (assim como o das *zonas de expansão urbana*, o das *zonas urbanizáveis* e aqueles de *interesse urbanístico especial*) destinasse ao cumprimento das funções urbanas de *habitar, trabalhar, circular e recrear*”.²⁶

²⁴ Essa *tipologia* é ofertada por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.*, p. 41). José Afonso da Silva (*Direito urbanístico ...*, p. 219-20) diz que os usos indicados “permitem especificar as zonas em: a) *zona de uso residencial*; b) *zona de uso industrial*; c) *zona de uso comercial*; d) *zona de uso de serviços*; e) *zona de uso institucional*; f) *zona de usos especiais*. A estas, algumas leis acrescentam a *zona de expansão urbana*, que seria pertinente para qualquer Município, como também o seria uma *zona urbanizável*; ambas, no entanto, não configuram zonas de uso, mas zonas de qualificação urbanística do solo, consoante já vimos. Mas é cabível, onde comporte, uma *zona de interesse turístico* (zona de uso turístico), como dispõe a lei de uso do solo e proteção à paisagem do Município de Campos do Jordão (Lei n. 1.096/78). É certo que esse tipo de zona, entre outras, pode constituir conteúdo da *zona de uso especial*, que também algumas leis de zoneamento inserem os usos institucionais. Pode-se, ainda, destacar uma *zona de proteção ambiental*, especialmente de *proteção do meio ambiente* cultural (defesa do patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico), que, na lei do Município de São Paulo, encontra guarida na zona Z8-200, que é uma especificação da zona de usos especiais (Lei n. 8.238, de 2.12.75, art. 1º, alínea d)”.

²⁵ Referimo-nos à *garden cities of tomorrow* de Howard, Ebenezer (1898); veja-se, a propósito, LIRA, Ricardo Pereira. *Uso do solo urbano - utilização compulsória - direito de superfície*. RDA 148:261-74.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico... cit.*, p. 217.

A *Lei de uso e ocupação do solo da Capital Mineira* (Lei n. 4.034, de 25.03.85, com as diversas alterações que lhe foram postas), ao tratar do *zoneamento* estabelece que as *zonas de uso* são: (i) ZR - Zona Residencial; (ii) ZC - Zona Comercial; (iii) ZI - Zona Industrial; (iv) SE - Setores Especiais; (v) ZEU - Zona de Expansão Urbana e (vi) Zona Rural.

A ZR - Zona Residencial está subdividida em 06 categorias (ZR1 a ZR6); a ZC - Zona Comercial - está subdividida igualmente em 06 categorias; a ZI- Zona Industrial reclama a edição de norma posterior (art. 9º); os SE - Setores Especiais se subdividem em 04 categorias (SE1 a SE4), com as devidas especificações.

Esses tipos de uso somente assumem feição especificada em vista de outros fatores, como por exemplo o coeficiente de edificação e taxa de ocupação. Por isso, o zoneamento, diz Bandeira de Mello, “não pode ser concebido apenas em função da delimitação de áreas, vez que a variedade de usos a partir de uma categorização básica é determinada por um conjunto de fatores”.²⁷

Ainda quanto aos *tipos de uso* (categorias de uso) há uma vasta série de combinações possíveis, as quais levam em conta as *zonas de uso* já citadas. O “uso residencial” (a ZR) pode ser *uso unifamiliar* ou *uso multifamiliar* ou, ainda, *uso de conjunto residencial*; a categoria de *uso comercial*, de sua vez, pode se expressar através de *uso comercial varejista de âmbito local*, *uso comercial varejista diversificado* ou *uso comercial atacadista*; a categoria de *uso de serviços*, ao seu turno, pode ser: *serviços de âmbito local*, *serviços diversificados* e *serviços especiais*; as categorias de *uso industrial* podem se apresentar como sendo para *uso de indústrias não incômodas*, *uso de indústrias diversificadas* e *uso de indústrias especiais*; as categorias de *uso institucional* compreendem: *instituições de âmbito local*, *instituições diversificadas*, *instituições de grandes concentrações* e *instituições especiais*. Por fim, a categoria de *usos especiais* se destinam à compreensão das chácaras de recreio, clubes de campo, núcleos residenciais de recreio, dentre outros.

²⁷ *Op. cit.*, p. 40-1.

Claro parece estar que quanto maior e mais complexo for o Município, mais necessidade haverá de se fazer a explicitação das diversas categorias; em localidades menores, tal necessidade não se coloca, bastando a fixação das linhas gerais.

Toda essa *categorização básica* é determinada, como se disse, por diversos fatores. Dentre eles, cumpre destacar:

(i) a fixação de *dimensões mínimas para os lotes*, visando impedir a especulação imobiliária desmedida o que, por seguro, irá mais tarde propiciar sensível desconforto para a população. Tal fator serve ainda para estimular o surgimento de lotes de grande extensão, o que propicia condições ecológicas satisfatórias. Em São Paulo, o lote mínimo tem 100 m² (em zonas estritamente residenciais) enquanto que em áreas de preservação de recursos hídricos (também zona estritamente residencial) exige-se área mínima de 5.000 m²;

O *índice urbanístico* relativo ao *dimensionamento do lote* é fator que se atrela ao *índice de conforto*, numa relação de extrema proporcionalidade; é dizer, quanto maior for a densidade populacional e edilícia, menor é o índice de conforto, valendo a afirmação inversa.

Necessário, no entanto, verificar-se qual seja o *conforto* desejado porque, mesmo se considerando uma mínima densidade populacional e baixo índice de edificação, as distâncias de contato pessoal e de comércio aumentam. É isso desejável?

(ii) o *coeficiente de edificação* (ou *coeficiente de aproveitamento* ou *índice de utilização*) é a relação existente entre a área edificada e a área do terreno. “O estabelecimento de um coeficiente máximo admitido é fator de fundamental relevo para propiciar ou inibir o adensamento demográfico, com a verticalização ou horizontalização, em dada zona. Evidentemente, quando o coeficiente de aproveitamento é alto incentiva-se a construção de prédios de apartamentos e se favorece, nas zonas de utilização mista, o surgimento de comércio de grande porte. Quando, reversamente, o coeficiente é baixo, inibem-se tais construções, propiciando-se apenas residências unifamiliares horizontais, comércio local e serviços de pequeno porte”.²⁸

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 42.

Os coeficientes podem variar, v.g., de 1,0 a 4,0, mas não se impede *índice* menor como, por exemplo, 0,1 ou 0,2. Basta efetuar-se a multiplicação da área total do terreno pelo índice para se obter o *índice de aproveitamento* permitido. Se o terreno possui 500 metros quadrados e o *coeficiente* é 1,0, ali se poderá edificar 500 metros quadrados, no máximo; se o *coeficiente*, no mesmo terreno, for 0,5, o *limite máximo para edificar* será de 250 metros quadrados.

(iii) *taxa de ocupação*, de sua vez, é a relação existente entre a construção, em sua projeção horizontal, e a área do lote. Significa dizer que quanto mais baixa for a taxa de ocupação do solo, maior será a preservação do espaço aberto. Isso, por si, auxilia evitar o adensamento e preserva os espaços verdes. Em São Paulo, a maior taxa de ocupação em zona urbana é de 80%; tal *índice* nunca é superior a 1,0 porque isso já significa que “toda a área do terreno será ocupada”, mas isso não é razoável por motivos óbvios. Sensato é o *índice* que fica em torno de 0,4 (40% do terreno será ocupado) a 0,6 (60% do terreno será ocupado).

Deve existir correlação entre os dois últimos índices; o aumento do primeiro e a diminuição do segundo importa em verticalização do prédio; o inverso sacrifica as áreas livres.

(iv) os *recuos* fronteiros, laterais e de fundos são “afastamentos em relação às divisas dos lotes sempre em relação ao alinhamento da via pública”.²⁹

Lembre-se que no Direito Urbanístico há o emprego da expressão *gabarito*, normalmente para designar a altura da edificação. Nomina-se, pois, *gabarito de altura a altura máxima permitida para as edificações, contado a partir da cota mais baixa do pavimento térreo até a cota mais elevada da cobertura do último pavimento, excetuando-se as obras de caixa d’água, casa de máquinas, platibandas³⁰ e telhado*.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. loc. cit.*

³⁰ Platibanda, para a arquitetura, é a mureta de alvenaria maciça ou vazada, construída no topo das paredes externas de uma edificação, contornando-a acima da cobertura, e que se destina a proteger ou camuflar o telhado e compor

A *delimitação das áreas* e a *categorização dos tipos de uso do solo* são elementos sobre os quais dispõem o *zoneamento*. Não se pode esquecer, no entanto, que a *corporificação normativa* de tais aspectos, antes de mais nada, assumem no plano concreto a forma de *lei*. Esta, normalmente, é composta de duas partes: (a) um ou vários mapas mostrando as diferentes zonas nas quais é dividida a área total da comunidade e (b) um texto escrito estabelecendo as regras aplicáveis a cada uma das diferentes zonas e contendo informações gerais sobre o regulamento.

Tanto a doutrina como a jurisprudência já se assentaram no entendimento segundo o qual o *zoneamento* é feito por *lei*; as normas e critérios para ele são objeto de deliberação legislativa. Todavia, a individualização das áreas zoneadas poderá ser feita por decreto. Este, “como lhe é próprio, limitar-se-á a aplicar a lei. Se inovar, será ilegal. Nessa matéria, aliás, não é mau que a lei seja até um pouco minuciosa, para que as restrições de zoneamento encontrem adequado fundamento de legalidade”.³¹

A instituição e a alteração do zoneamento demanda reflexão acerca do instrumento legal para sua efetivação. “Alguns julgados entendem que só pode ser consubstanciado em *lei* municipal; outros o admitem por *decreto* do prefeito. Devemos distinguir duas situações: as normas de zoneamento e a fixação das zonas. Aquelas são privativas de lei; estas, de decreto. A lei estabelecerá as diretrizes, os critérios, os usos admissíveis, tolerados e vedados nas zonas previstas; o decreto individualizará as zonas e especificará os usos concretamente para cada local. O zoneamento, no seu aspecto programático e normativo, é objeto de *lei*, mas na sua fase executiva - em cumprimento da lei -, é objeto de *decreto*. O que não se admite é o zoneamento exclusivamente por decreto, sem base em norma legislativa que o imponha para a cidade e indique a destinação urbanística de cada zona. A divisão da cidade em zona visa a atribuir a cada setor um uso específico, compatível com a sua

ornamentalmente a fachada; pode ser, ainda, grade de ferro ou muro que limita o terraço.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...*, cit., p. 224.

destinação. Mas, como as cidades nem sempre nascem planejadas, seus bairros são mistos e promíscuos em usos e atividades. Daí o zoneamento superveniente, repartindo a área urbana em zonas residenciais, comerciais, industriais e outras, com a indicação dos *usos conformes, desconformes e tolerados*".³²

Desta feita, é o *zoneamento instrumento que realiza parte do Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado de um determinado Município*, que se dirige fundamentalmente ao uso e desenvolvimento de terras; é o zoneamento *parte do Plano Diretor* e como tal deve ser visto. Assim se coloca a questão para fixar-se a idéia de que o zoneamento não pode ser compreendido de modo divorciado do Plano Diretor, porque ali estarão as diretrizes e os fundamentos do uso e ocupação do solo urbano.

8. Zoneamento, direito de construir, direito à propriedade e problemas de ordem intertemporal

No mínimo curioso é o fato de que o direito de construir (expressão do direito de propriedade) se encontra sob o influxo de variadas regras, e não somente daquelas advindas especificamente da seara urbanística. Apenas para se ter idéia da magnitude do problema, lembramos que também as *restrições convencionais* se impõem à tal direito. Pode ser, exemplificativamente, que num dado *loteamento* haja restrições de tal ordem, acrescentando-se à *restrições urbanísticas* advindas do Código Civil, das *leis municipais*, das *leis estaduais* e das *nacionais*, simultaneamente.

Compreende-se, no entanto, que as *restrições convencionais* não se sobrepõe, em absoluto, às *regras urbanísticas* emanadas diretamente da competência legislativa municipal. É que estas, como sabido, são normas de ordem pública, cogentes, imperativas e estão, por isso, sobre as regulações oriundas de pactos havidos entre os particulares.³³

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, cit., p. 107.

³³ Neste sentido é o parecer de Lesley Gasparini LEITE, "in" BDM, Março de 1993, p. 172-4 (*Restrições convencionais ao direito de construir - uso e ocupação do solo - interesse local - competência municipal*).

A questão, todavia, deve ser vista com reservas: “se há restrição imposta convencionalmente pelo loteador ela prevalece sobre lei urbanística posterior mais liberal”, é o que decidiu o 1º T.A.C. Paulista.³⁴

Tal circunstância faz crer que realmente o *direito à propriedade* não pode ser visto em caráter absoluto, posto que cede passo a diversas exigências e não somente está no âmbito de liberdade do respectivo proprietário.

Contudo, ainda assim o direito de construir talvez seja a representação mais significativa (no aspecto econômico) da propriedade urbana.

O Código Civil, ao cuidar do mencionado direito, estatui: “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” (art. 572 do Código Civil).

³⁴ “As restrições convencionais impostas pelo loteador ao direito de construir em loteamento prevalecem sobre posterior lei de zoneamento mais liberal” (RT 639:105). No caso, foi dado importante definir-se que a lei de zoneamento era muito mais branda que a restrição convencional e, por isso, aquelas regras impostas pelo loteador deviam ser mesmo respeitadas, até mesmo porque incompatibilidade alguma se tinha com as normas urbanísticas. Consignou-se, ademais, que “se a lei do zoneamento urbano permite a construção de edifícios de vários andares, ou de prédios comerciais, e se a Prefeitura expede alvará de construção, os proprietários de outros lotes residenciais do mesmo loteamento, ainda que sejam os últimos resistentes e representem efetiva minoria, podem exigir que prevaleça a anterior restrição convencional, porque a lei não tem efeito retroativo e o maior interesse público a preservar, no caso, é sempre a Constituição, não havendo o que justifique manter o desprestígio que teve a Lei Maior neste País durante os últimos 20 anos, menoscabo que chegou ao ponto de uma reforma constitucional com o Congresso fechado, e que ainda é capaz de sustentar direito contra o seu texto. Longe de constituir formalidade ou tutela da burguesia, a garantia dos direitos individuais é a garantia do próprio Direito, a melhor fórmula que os povos civilizados da era moderna encontraram de preservar o que os romanos já preconizavam como ideal do Estado ou dos governantes (“et fiat tam juris religiosissimus quam victis hostibus triumphator”); que fossem servos do Direito, garantindo o efetivo conteúdo de seus mandamentos, para que não tivesse o som das coisas falsas, como as palavras da ruína na ópera de Frankfurt (“Am Opernplatz in Frankfurt am Main stehen an einer Wand, zwischen den hohen Geschäftshäusern weithin sichtbar, die Wort: Dem Wahren, Schönen, Guten! Aber leider ist diese Wand Teil einer Ruine - Henrich Faust, *Woher eir Kommen, Wohin wir gehen*, 1961, p. 259)” (*loc. cit.*).

Como se disse, afóra as limitações decorrentes do Direito Civil, o direito de construir encontrará restrições -sempre- nas regras relativas ao Direito Urbanístico, mais precisamente aquelas derivadas do zoneamento. Visto foi, com efeito, que o zoneamento delimita áreas e categoriza determinados tipos de uso, além de estabelecer índices que definem os *modelos de assentamento*.

Dessa forma, quem quiser construir deverá submeter à Administração seu projeto, onde demonstrará a observância dessas mencionadas regras. Daí a necessidade de se obter a respectiva *licença* para construir (*licença de edificação*). Esta, de seu turno, pautada pela legalidade que está, não se aloca em hipótese alguma no campo de discricionariedade de que dispõem o Poder Público. Uma vez preenchidos os requisitos legais, a *licença* deverá ser concedida.

Mais adiante será analisada a *licença*. Por ora, detenhamo-nos em questões relativas à algumas dificuldades ocorrentes: (i) *qual o momento em que se fixa o regime jurídico do zoneamento?* (ii) *pode a Administração cassar a licença de edificação concedida motivada pelo fato de ter havido alteração na legislação urbanística?* (iii) *pode a Administração cassar licença de funcionamento (atividade comercial ou de prestação de serviços) em razão da alteração de uso estabelecida para a zona onde se localiza o imóvel?* (iv) *coeficientes de aproveitamento baixos ou altos obrigam a indenização aos proprietários dos lotes atingidos?*³⁵

Passemos às respostas:

(i) Pode ser que a própria norma solucione a questão, hipótese em que - em tese - problema algum haverá. Mas, normalmente, há o silêncio legislativo quanto a tal aspecto.

A possibilidade de edificar se assenta não na *licença*, mas nas leis que regulam o respectivo direito de construir. Mediante a *licença* o proprietário apenas manifesta perante a Administração a sua intenção em *construir*. Mas a construção ainda sequer se iniciou.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 43.

É tranqüila a jurisprudência neste sentido. “Licença de construção. Revogação. Fere direito adquirido a revogação de licença de construção por motivo de conveniência, quando a obra já foi iniciada. Em tais casos não se atinge a faculdade jurídica - o denominado direito de construir - que integra o conteúdo do direito de propriedade, mas se viola o direito de propriedade que o dono do solo adquiriu com relação ao que já foi construído com base na autorização válida do Poder Público. Há, portanto, em tais hipóteses, inequívoco direito adquirido, nos termos da Súmula 473"(RTJ 79:1016 e ss.).

Assim, o direito de edificar somente se perfaz quando ele próprio se inicia através de atos concretos.

E se há atraso na apreciação do pedido de licença e se ultrapassa os prazos legais? A situação enseja reconhecer-se que as regras vigorantes para o caso sejam aquelas existentes no último dia do prazo respectivo, no qual a Administração deveria se manifestar; a ilegalidade da Administração não pode ser obstáculo à aquisição do direito.

(ii) parece óbvio, a esta altura, que a licença para edificar somente poderá ser cassada *antes de iniciada a obra*. Tal circunstância, no entanto, não isenta a Administração de indenizar o proprietário pelos gastos e danos que até então tenha feito e experimentado. Mas não lhe tocará indenização alguma à título das modificações decorrentes da nova legislação.

Se a obra se iniciou, não poderá ser cassada a licença. É que, no caso, há que se respeitar a situação consolidada no tempo. Resta à Administração, contudo, a expropriação não especificamente do imóvel, mas do *direito de edificar*, quando as circunstâncias assim o exigiam.

(iii) a *licença de funcionamento*, de sua vez, está garantida contra alterações subseqüentes e a salvo de cassação.

“Se é certo que as licenças de funcionamento de comércio, de indústria ou de serviços, não se confundem com as licenças para edificar, não menos certo é que as atividades em questão são desenvolvidas em construções erigidas em função do tipo de uso e por isso a ele ajustadas.

Ora, de nada valeria considerar garantido um tipo de edificação, se lhe for negada a utilização correspondente.

Ressalvam-se apenas os casos em que ao tipo de construção seja indiferentes as modalidades de uso, por compatibilizar-se perfeitamente com utilizações alternativas.

Creemos que estas mesmas soluções, por iguais razões, não de ser dadas na hipótese de mudar o ocupante de imóvel. Conquanto a licença para exercício de dada atividade comercial, industrial ou de serviços, tenha caráter pessoal, a licença para edificar é de caráter real; vale dizer, adere ao bem pois diz respeito ao imóvel e não ao proprietário.

Sendo assim, quando o imóvel não se preste a uso alternativo, negar licença de funcionamento para uso correspondente à tipologia da construção regularmente erigida, equivaleria a aniquilar o sentido já consolidado na licença de edificar. Em se prestando o imóvel a uso diverso, aí sim seria cabível recusar licença de funcionamento para uso desconforme ao previsto na legislação vigente”.³⁶

(iv) a fixação de coeficientes de aproveitamento podem -dependendo de outros fatores- levar ao aniquilamento de certos lotes; pode torná-los inaproveitáveis ou inúteis.

Se o uso funcional do lote se traduzir em sacrifício do próprio direito à propriedade, evidente que a indenização terá lugar. A Administração deve repor ao proprietário o correspondente direito através de expressão patrimonial que o compense.

9. Usos conformes, desconformes e tolerados

O zoneamento implica em classificar a área onde esteja o imóvel segundo os usos permitidos para o local.

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. loc. cit.*

Usos conformes são os permitidos para o local pelas normas legais pertinentes. Configuram direito subjetivo e, uma vez aperfeiçoados (o proprietário, preenchendo os requisitos legais), não pode a Administração negar o respectivo alvará de licença. “Os exercentes de *usos conformes* podem, a todo tempo, aumentar a atividade, ampliar o estabelecimento, reformar a construção até o limite admitido em lei. Tais usos, uma vez iniciados, geram direito adquirido e, mesmo que se altere posteriormente o zoneamento, podem continuar na situação em que se encontravam no momento da vigência da nova lei. Assim, uma edificação, uma indústria ou um comércio *conforme* em determinada zona, mesmo que venham a ser proibidos pelo novo zoneamento, podem prosseguir nos moldes da legislação precedentes, mas ficam impedidos de alteração ou ampliação daí por diante”.³⁷

A Lei de Uso e Ocupação do Solo do Município de Belo Horizonte diz que *uso conforme se dá quando se enquadrar nas categorias de usos estabelecidos para as zonas* (art. 34, I, da norma adrede citada).

Uso não conforme (ou *usos desconformes*) ocorrem quando a lei o considera incompatível com o local. Se sobreviverem ao zoneamento, “poderão ser impedidos sumariamente e sem qualquer indenização; se o antecederem, constitui pré-ocupação, com direito adquirido à sua permanência e continuidade nas condições originárias, isto é, sem possibilidade de ampliação da atividade ou de renovação das construções, instalações ou equipamentos desconformes”.³⁸

Na Capital Mineira, reputa-se *uso desconforme quando não se enquadrar nas categorias de usos estabelecidos para a zona* (art. 34, II, Lei cit.). Há, ainda, a Lei n. 4129, de 18.06.85, que trata especificamente do uso não conforme.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir, cit.*, p. 107.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*. Outra definição para *uso conforme* é ofertada por Lúcia Valle Figueiredo que assim se expressa: “uso conforme, como o próprio nome está a indicar, é aquele desejável, adequado para o local. Enfim, aquele uso programado para o local”. Quanto ao *uso desconforme*, diz a ilustre professora, “é o que a lei reputou indesejável ao local” (*Disciplina urbanística da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 49).

Por fim, *usos tolerados* são aqueles que o zoneamento não reconhece nem como conformes e nem como desconformes; todavia, os admite por mera liberalidade e, por isso, precariamente em condições muito especiais. São exercidos tais usos através de alvará de *autorização* (dada a precariedade de que se reveste).

Questão relativa aos *usos* têm batido nos Tribunais, assentando-se a jurisprudência em afirmar, e com inteira razão, que “uso desconforme é aquele que se mostra contrário ao Plano Diretor e, sem que ocorra hipótese de pré-ocupação, autoriza o Município a negar alvará de funcionamento e, se já concedido, de ofício anulá-lo. Não se configura pré-ocupação se, no momento da entrada em vigor da nova lei, não havia uso conforme a ser garantido e, sim, o uso se dera no passado e, na hipótese, há quase dez anos. Concomitância não comprovada”.³⁹

10. Licença e autorização de edificar e de uso

Como visto até então, o zoneamento submete a propriedade a um determinado regime jurídico impondo-lhe, no mais das vezes, diversas restrições que se exteriorizam e são sentidos tanto no *direito de edificar* (ou lotear) quanto na possibilidade de se *utilizar* um determinado imóvel para certo fim, conforme previsto em lei.⁴⁰

³⁹ RJTJRGs 161:411. No caso vertente uma dada lei municipal vedou o uso da propriedade para determinada indústria, tendo-a como zona residencial (ZR- 2). O uso é *desconforme*, sem dúvida, porque não está em consonância com as regras urbanísticas vigentes. Alegou o proprietário a *pré-ocupação* que lhe garantiria a permanência no local ou, no mínimo, indenização. No entanto, essa *pré-ocupação* não restou provada.

⁴⁰ Sempre as obrigações advindas do zoneamento se traduzem em fazer ou não fazer; “jamais poderá implicar obrigações de dar”, como ensina MUKAI, Toshio. *Direito e legislação urbanística...cit.*, p. 249. “Por tal razão, impõe-se considerar, quanto ao zoneamento que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, segundo o texto constitucional”, arremata o ilustre juspublicista.

Esses atos ou medidas que visam assegurar a observância das normas e planos urbanísticos são denominados *instrumentos de controle da atividade urbana*; por ele se submetem tanto a Administração como os administrados às regras urbanísticas.

Esse *controle urbanístico* pode se dar em três momentos distintos: (i) antes da atuação propriamente dita do interessado (quando, v.g., se trata da própria licença, autorização, aprovação, etc.), hipótese em que se diz *controle prévio*; (ii) durante a atuação do proprietário (v.g., fiscalização, comunicação, inspeção, dentre outros), quando se o nomina de *controle concomitante* e, por fim, (iii) diz-se *a posteriori* ou *superveniente* aquele que se desenvolve depois da atuação do particular (vistoria, habite-se, conclusão de obra, etc.).

A *ordenação edilícia* possui significado amplo e restrito. Na primeira hipótese, está se referindo ao ordenamento da cidade em seu conjunto total e também diz respeito ao controle técnico-funcional da construção individualmente considerada. No segundo caso, em sentido estrito, refere-se especificamente ao *fazer edifício, construir e edificar*.

As normas dessa ordenação edilícia, como visto, advêm não somente do Código Civil (onde está presente o Direito de Vizinhança e sobre o qual somente a União pode legislar), mas igualmente dos chamados *regulamentos administrativos*. Por estes entende-se não apenas os atos da Administração, mas sim toda e qualquer *normação de Direito Público que disciplinem o Direito de construir e as restrições urbanísticas*.

Numa outra ótica, esses *regulamentos administrativos são compostos* das regras do Direito de Construir, das normas do Direito Administrativo e do Direito Urbanístico. Aquelas primeiras, já o consignamos por mais de uma vez, estão afetas à disciplina pelo ente central; as normas de Direito Administrativo e de Direito Urbanístico se inserem na competência do Município. Porém, quanto às últimas, há que se ver a competência tanto da União como dos Estados-membros.

De se ver que manejamos com termos distintos que expressam realidades igualmente diversas: *licença, autorização e alvará*. Este último, o *alvará*, é o *instrumento através do qual se expede a licença ou a autorização*; é ele que se reveste de via para o controle prévio da construção; não se o pode confundir com a própria *licença* ou *autorização*. Idêntico é o caso dos

autos de processo que se consulta na Secretaria de Juízo; igual é a situação do *instrumento de procuração* que legitima o advogado a postular em Juízo. Nestas duas últimas hipóteses, não se confunde o *processo* com os *autos* e tampouco a *procuração* com o seu respectivo instrumento.

Enfim, o *alvará* apenas *materializa e corporifica a licença* ou a *autorização*, conforme o caso.

A observação que se tem que fazer, no caso, é muito mais importante para as hipóteses e conseqüências práticas que o entendimento equivocado de um instituto por outro pode ocasionar. Quer-se dizer que a distinção entre a *licença* e a *autorização* não reside apenas na conceituação teórica de ambos.

Muitas vezes tem-se como complicador o fato de que leis geram a confusão entre os institutos e, por isso, levam à soluções errôneas.

Quem melhor distinguiu os institutos dentre nós foi Hely Lopes Meirelles, quem averbou: “O *alvará* pode ser de *licença* ou de *autorização* para construir ou lotear. O de *licença* traz *presunção de definitividade*; o de *autorização*, de *precariedade*. Ambos são legítimos, mas se destinam a prover situações distintas e produzem efeitos jurídicos diferentes. Assim, quando a Prefeitura aprova o projeto de um edifício em um terreno do requerente, adequado a essa construção, deve expedir *alvará de licença* para construir; se, porém, no mesmo terreno ela apenas consente que se construa provisória e precariamente um barracão para estacionamento de carros ou de outra atividade simplesmente tolerada, mas não assegurada por lei, ela expedirá *alvará de autorização*, revogável a qualquer tempo”.⁴¹

Pode-se dizer, face a isso, que a *licença* é vinculada; a *autorização* é sempre revogável sumariamente e sem qualquer indenização. A *licença*, dependendo do caso, pode dar margem à indenização.

⁴¹ *Direito de construir, cit.*, p. 160.

A *licença* reconhece e consubstancia direito do requerente; uma vez preenchidos os requisitos de lei, a licença deve necessariamente ser deferida. Não há, como se disse, discricionariedade alguma por parte da Administração. O mesmo, no entanto, já não ocorre com a *autorização*. Colocar um *anúncio*, seja através de letreiros (*out-doors*), placas luminosas, painéis ou outras, cuja conduta esbarre na *ordenação edilícia* (sentido amplo), é ato dependente de *autorização*. O mesmo seja dito com relação ao loteamento. Veja-se, a esse propósito, a Lei n. 6.766, de 1979.⁴²

As *licenças* possuem *característicos próprios*: (i) necessidade que se traduz na sua *indispensabilidade*; (ii) *caráter vinculado*; uma vez atendidos os mandamentos legais, deve ser deferida; (iii) transferibilidade; uma vez obtida, pode ser transferida a novo adquirente do imóvel ou sucessores, conforme o caso. Não ocorre como em Itália onde possui o caráter pessoal; (iv) *autonomia*, nada tendo a ver com a questão dominial e (v) *definitividade*, via de regra (*licenças de localização e funcionamento são para determinado tempo*).

As *licenças edilícias* de que falamos são de quatro espécies: (i) para *edificar ou construir*; (ii) para *reformular*; (iii) para reconstruir e; (iv) para *demolir*. Cada uma dessas espécies possuem sentido e significação próprias.

Parece-nos claro que simples *reparos* não ensejam nem mesmo qualquer comunicação à Administração, embora se abone em doutrina o contrário.⁴³ É que, tomando-se como premissa que reparos são nada mais do que simples atividades que em nada influenciam na estrutura do imóvel, não lhe alterando em nada a estética ou substância (muito menos diminuindo ou alterando a área construída), não haveria motivo para se exigir do proprietário conduta em tal sentido.

⁴² O artigo 3º, parágrafo único, fala em *permissão*; A Lei citada não menciona, em momento algum, a palavra *licença*, mas fala em *autorização* no artigo 50, I, ao cuidar das disposições penais (“constitui crime.... dar início a sem autorização do órgão público competente...”).

⁴³ José Afonso da Silva é quem assim se manifesta (*Direito urbanístico...*, *cit.*, p. 398).

Coisa bem diversa diz respeito às reformas, porquanto implicam em modificação na estrutura da construção ou nos compartimentos ou no número de andares da edificação. O mesmo pode ser dito quanto à *reconstrução* e à *demolição*. Nestes casos, por evidência, sempre haverá que se tomar previamente a *licença* da Administração.

Já que se fala em *licenças*, não será demais dizer que há um *procedimento* para sua expedição. Normalmente é ele composto de três fases: (i) *postulação ou de requerimento*, onde o interessado (que não o proprietário somente) dirige pedido para a Administração, não sendo a esta lícito exigir prova do domínio, instruindo aquele com os diversos “documentos” exigidos pela legislação (título, memorial descritivo da obra, peças gráficas - consoante modelo adotado pela localidade -, levantamento alti-planimétrico, etc.); (ii) segue-se a fase *da apreciação*, onde serão analisados pela repartição técnica competente para verificação do atendimento das exigências legais (civis, convencionais, urbanísticas, administrativas...), etapa em que pode a Administração exigir o cumprimento de “regularização” e, por fim, chega-se à (iii) *fase decisória*, concluindo-se pelo deferimento ou não da *licença*. Reforçamos aqui a idéia já exposta de que, uma vez cumpridos os requisitos legais, a *licença há necessariamente que ser deferida*.

O *silêncio da Administração* quanto à decisão - que é extremamente condenável - pode levar tanto ao deferimento quanto ao indeferimento do pedido, dependendo das disposições que regulam a matéria.

A *licença* pode ser *cassada*, *anulada* ou *revogada* pela Administração. Dá-se a *cassação* quando ocorra descumprimento incorrigível do projeto na fase de execução do projeto⁴⁴; ocorre a *anulação* quando obtida ilegalmente ou por intermédio de meio fraudulento; opera-se a *revogação* na hipótese em que sobrevier motivo de interesse público que exija a não-realização da obra licenciada.

⁴⁴ A *cassação* “é correlato com a sanção, isto é, do comportamento faltoso do destinatário do ato inflige-se uma consequência”.... “e se efetua quer por inadimplemento do destinatário, quer por sua renúncia (equivalendo a renúncia a recusa em aceitar ato que decorra de direito para o particular, assim como o não exercício desse direito no prazo estipulado. A cassação opera efeitos *ex nunc*” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística ... Op. cit.*, p. 85-6).

Em qualquer dessas hipóteses, mister o apontamento pela Administração o motivo (fundamentação) que a levou à tomada daquela providência, sempre possibilitando-se ao administrado a produção de defesa. Tem de haver, portanto, motivação e ampla defesa, por expressa determinação constitucional (art. 5º, inciso LV : “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”). A *licença* pode ser declarada *caduca*, por ter expirado o prazo para o qual foi concedida. Se o interessado desejar, terá que providenciar nova licença; aquela, *caduca*, não mais tem efeito algum e é desnecessário que a Administração emita qualquer manifestação em tal sentido. Ou seja, a caducidade opera-se por si e é a forma mais *natural de extinção da licença*.

11. Direito adquirido ao uso e à ocupação do solo

As regras urbanísticas, dentro das quais se inserem o zoneamento, suscitam muitas vezes a questão de se saber se uma dada hipótese gera (ou não) direito adquirido quanto ao uso e à ocupação do solo. E a problemática se intensifica porque o tema é pouco tratado em doutrina e, mais não fosse, a ausência de sistematização das regras citadas tornam os conceitos e as catalogações muito diluídas.

Já se disse aqui, por diversas vezes, notadamente quando se tratou dos *instrumentos de controle urbanísticos*, que tanto a *licença* como a *autorização* sugerem análise sob o prisma dos chamados “direitos adquiridos”.

Antes de qualquer coisa, no entanto, parece-nos imprescindível a fixação do conteúdo jurídico dos nominados “direitos adquiridos”, nos quais tanto se fala.

A Constituição Federal a eles se reporta estabelecendo: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inciso XXXVI).

A legislação infraconstitucional dá-lhe os contornos; diz o artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

*Direito adquirido é aquele que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo.*⁴⁵

Outra não é a lição extraída da jurisprudência: “direito adquirido é somente aquele que, tendo entrado para o patrimônio do indivíduo, pode ser exercido por ele ou por seu representante. Surge, então, de um fato jurídico que se realizou por inteiro e por completo, à sombra da lei então vigente. Quando lhe faltam alguns requisitos integrativos, ou resulta de um fato aquisitivo incompleto, tem-se uma simples expectativa de direito, e não, ainda, um direito adquirido”.⁴⁶

De modo genérico, poder-se-á tratar desses direitos adquiridos em face ao zoneamento, em face às *licenças* e também em face às *autorizações*. Tudo num amplo sentido envolvendo o uso e a ocupação do solo.

(i) O *zoneamento* na Capital de São Paulo, mais precisamente aquele previsto para o Jardim Europa, sempre considerou este último como zona residencial exclusiva. Um determinado comerciante (açougue) ali instalado há muitos anos pretendeu a continuidade de sua atividade ao argumento de possuir *licença de funcionamento* da municipalidade.

Ocorre que tal *licença* sempre foi dada em desobediência ao zoneamento e isso nunca implicou no reconhecimento do *uso conforme*. A hipótese ensejou apreciação pelo Poder Judiciário Paulista, em mandado de segurança, denegado ao impetrante, onde não se lhe reconheceu *direito líquido e certo*.⁴⁷

⁴⁵ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 6a. ed., 1980.

⁴⁶ RT 397:161.

⁴⁷ RT 490:66-7.

Ainda imbricado com o zoneamento, seguem algumas hipóteses objeto de conhecimento jurisdicional onde se averbou:

(ii) “subsiste a licença de estabelecimento comercial dada anteriormente à declaração de zona residencial”⁴⁸;

(iii) “zoneamento - Estabelecimento industrial para exploração de pedreira regularmente licenciado pela municipalidade - Lei posterior do Município alterando o zoneamento da cidade - *Não pode o Poder Público, ‘manu militari’, interromper o funcionamento de estabelecimento industrial, regularmente licenciado de acordo com os usos conformes, sob pena de se ferir direito adquirido*”⁴⁹. Este julgado se reveste de importância pelos caracteres que apresentou. Em suma, impetrou-se mandado de segurança contra o Município de São Paulo que havia determinado o encerramento das atividades industriais do impetrante (exploração de pedreira), fixando-lhe o prazo de 30 dias. Aquele tinha licença para tal exploração e a nova lei de zoneamento não permitia mais dita atividade naquele local. O *uso era conforme*, ao que se vê. Contudo, consignou o referido aresto: “não há dúvida de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular, mas também é manifesto que aquele não pode ser sacrificar, arbitrariamente, o direito do particular”, além de citar Hely Lopes Meirelles no seguinte trecho: “o mais sério problema a ser resolvido pelo Município é o da pré-ocupação de bairros ou áreas por indústrias e outras atividades poluidoras que, posteriormente, venham a ser consideradas em uso desconforme, diante da nova legislação para o local. Em tais casos não pode a Administração paralisar sumariamente essas indústrias e atividades, nem reduzir-lhes a produção, porque isto ofenderia o direito adquirido em conformidade com as normas legais anteriores. Para a retirada desses estabelecimentos, a medida legal é a desapropriação”. O caso configurou, ao que se vê do julgado, um *sacrifício do próprio direito do impetrante* e, por isso, assujeita-se à indenização. O princípio do *tempus regit actum* leva a entender que a *licença* dada ao impetrante o foi regularmente; havia pré-ocupação e o *uso* sempre foi *conforme*, até a edição da nova lei de zoneamento. Quer-se

⁴⁸ RDA 114:287.

⁴⁹ RT 548:232 e ss.

dizer que *lei superveniente deve respeitar direito adquirido*. Mas esse *direito adquirido* tem limite estreito, segundo entendemos, porque - sempre- cederá vez ao interesse coletivo.

Ao cabo da decisão se encontra o respectivo desfecho: “se a Prefeitura pretender a imediata cessação de qualquer atividade desconforme, mas com pré-ocupação da zona, deverá indenizar cabalmente o seu exercente, amigavelmente ou mediante desapropriação”;

(iv) como já de averbou aqui, o direito adquirido relativo à *licença para edificar* encontra perfeição, segundo entende a jurisprudência, *tomando-se como marco definidor a circunstância de a obra haver ou não se iniciado*. Se a obra teve efetivo início, a *revogação da licença* - quando admissível- dá lugar à indenização.⁵⁰

(v) diversa é a hipótese onde a obra não teve início: “Direito de construir. Mera faculdade do proprietário, cujo exercício depende de autorização do Estado. Inexistência de direito adquirido à edificação anteriormente licenciada, mas nem sequer iniciada, se supervenientemente foram editadas regras novas, de ordem pública, alterando o gabarito para construção no local”.⁵¹

As ocorrências narradas podem levar à conclusão de que o *direito adquirido* é sempre relativo e somente pode ser entendido no largo campo

⁵⁰ RDP 16: 99 e ss. O parecer trazido à colação, de lavra do ilustre Sebra FAGUNDES, é de importância peculiar notadamente porque, na hipótese, a licença fora concedida irregularmente pelo Poder Público, presentes, no entanto, a boa-fé e a aparência de regularidade do ato administrativo. Cuida a espécie de *licença para edificação* revogada pela Administração que reconsiderou ato próprio anterior. No mesmo sentido, disse Orozimbo NONATO: “o que geralmente se aceita é que o ato nascido da ilegalidade, revogável se mostra pela administração. Mas se o ato tem aparência regular e originou direito subjetivo, não pode a revogação ter efeito”(RDA 52: 246).

⁵¹ RDA 190: 181. A decisão do STF (no Agravo Regimental 135.464) deixou de lado a circunstância de o proprietário não ter podido iniciar as obras para as quais estava licenciado -em decorrência de processo de falência- dizendo que “a licença anteriormente concedida não está imune à superveniência de regras novas editadas no interesse público, alterando o gabarito para a construção no local”.

principiológico da supremacia do interesse coletivo sobre o particular.⁵² É nada mais do que a expressão do *regime jurídico-administrativo*. Trata-se “de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”.⁵³ Essa posição de *supremacia*, “extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos. Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de *modificar, também unilateralmente*, relações já estabelecidas”.⁵⁴

Poder-se-á dizer, a uma só vez, que *não há direito adquirido contra o interesse público, o qual sobrepassa -sempre- sobre o interesse privado*.

A oportunidade ainda permite colocar a questão das *autorizações para localização e funcionamento*. Como *autorização*, é sempre precária e, por isso mesmo, não poderá gerar direito adquirido algum para aquele que se

⁵² Ao mesmo tempo em que se consagra o direito adquirido no campo dentro do qual ora transitamos, tem-se-no como um direito “fraco”, “relativo”, “cedente” face ao interesse da coletividade. É o que se deduz do seguinte excerto: “... o titular de determinada licença tem direito a permanecer no local, ainda que a esse local tenha sido dada nova destinação de uso. Por suposto, haverá de permanecer se isto não contraditar o interesse público, de tal sorte que essa permanência torne-se de todo incompatível. Se assim for, caberá expropriação da licença, que de construir (se ainda em construção a obra), quer de funcionamento ou de utilização, se já ultimada a construção” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística ... cit.* p. 51).

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 21.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. loc. cit.*

encontra em determinada situação. Por isso que a *renovação* deve ser sempre precedida de aferimento para se aquilatar se a *instalação* está ou não *conforme*, considerada a lei vigente. É que a modificação do zoneamento importa na presunção *uris et de iure* (que não possibilita discussão quanto ao seu mérito) de que se deu em prol de interesse de toda a coletividade. Deflui-se daí que o *uso* é, por sua natureza, *deslocável* e seu titular poderá implantá-lo noutra lugar.

12. Resumo conclusivo

1. Zoneamento é termo plurissignificativo; para o Direito Urbanístico expressa - antes de tudo- a *integração no processo permanente de planejamento municipal*, fazendo parte do Plano Diretor, ao dividir a área local em zonas destinando-as a determinadas categorias de uso e ocupação;

2. O zoneamento, embora diga-se comumente *urbano*, transcende ao perímetro respectivo, devendo para fora dele se projetar cuidando da ordenação de *todo o território municipal*, incluída aí a zona rural.

3. É o zoneamento, preferimos dizê-lo, *restrição à propriedade e nela interfere diretamente*, mas não pode lhe tolher seus elementos essenciais a ponto de importar em *sacrifício de direito*. Daí não serem indenizáveis as situações dela decorrentes.

Embora não o tenhamos como mera *faculdade* do Poder Público, é seguro que o zoneamento deriva de certo modo do Poder de Polícia possibilitando àquele interferir no domínio econômico e social, sempre com vistas postas na função social da propriedade que, no caso da política urbana, é atingida quando se cumpre a matriz ditada pelo Plano Diretor.

É também *dos principais instrumentos de planejamento urbanístico municipal* que possui os seguintes caracteres: (i) *caráter geral*, (ii) *ausência de ilimitação*, (iii) *não são indenizáveis* e (iv) *veiculação via lei formal*.

4. As Ordenações do Reino já continham disposições urbanísticas, legadas aos Vereadores, e durante o Período Colonial, a preocupação era com o “embelezamento” das cidades. É correto que as cidades brasileiras cresceram e se desenvolveram *sob o signo da necessidade, do acaso e da imposição*. Atualmente, a disciplina urbanística - e notadamente o zoneamento -, embora carente de regulação homogênea, se aloca a partir do plano constitucional e se mostra como exigência inarredável da sociedade.

5. A ordenação do solo urbano é exigência constitucional; os Municípios com mais de vinte mil habitantes estão obrigados à adoção de Plano Diretor para disciplinar a política de desenvolvimento e de expansão urbana.

A função social da propriedade urbana estará atingida quando se cumprir às exigências contidas no referido Plano Ordenador.

O artigo 182 se junta ao artigo 30, VIII, ambos da Constituição Federal para dizer que é competência do Município promover o adequado ordenamento territorial, mediante planificação, controle do uso e da ocupação do solo urbano. A competência do Município, por isso, não é “suplementar” e não decorre do inciso II do artigo 30 da Lei Maior. Mas imaginamos que os artigos 182 e §§ e 30, VIII, dessa mesma Lei devam estar observando sempre o inciso I do artigo 30 do citado Documento Magno, para que esteja presente o “interesse local”.

A autonomia do Município para dispor sobre a sua *ordenação territorial*, no entanto, não é exercitada *incondicionalmente, sem peias e condicionantes*; é que a “política de desenvolvimento urbano (inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos)” toca ao ente central (art. 21, XX, da Constituição Federal), como também lhe pertence a “elaboração e a execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social” (art. 21, IX, da Constituição Federal). Ou seja, não pode o Município *ir contra os interesses nacionais* que, é óbvio, transcendem aos seus próprios e peculiares.

Também os Estados-membros desfrutam de competência para legislar sobre Direito Urbanístico, por força do disposto no artigo 24, inciso I, da

Constituição Federal. A sua atuação, no entanto, pauta-se pelas regras impostas por intermédio dos §§ do preceito invocado. É a competência “concorrente” das Unidades Federadas em termos urbanísticos. A atuação de tais entes é mais de natureza “indicativa” e de criação de condições para o estímulo ou desestímulo dos particulares, principalmente no que toca na oferta de serviços e facilidades que estejam afetas à sua órbita.

6. A Constituição Federal exige a adoção de Plano Diretor para Municípios com mais de vinte mil habitantes.

A Constituição de Estado-membro não pode exigir Plano Diretor de Municípios que tenham menos habitantes do que aqueles mencionados na Carta Federal porque não lhe é dado interferir em assunto que diga respeito à autonomia municipal. O constituinte deixou aos Municípios com menos de vinte mil habitantes uma “faculdade” para instituir (ou não) dito Plano. A Carta Estadual não pode transformar essa “permissão” em “obrigação”.

Diversamente, Lei Orgânica de Município com menos de vinte mil habitantes pode impor a adoção de Plano Diretor pois, além da autonomia de que dispõem para se auto-organizar, estará dando efetividade ao disposto no artigo 30, VIII, da Constituição Federal e fazendo valer seu “interesse local”.

7. A corporificação das normas relativas ao zoneamento tem em conta (i) a catalogação das zonas (delimitação das áreas, repartição da terra, etc.) em *zona urbana, zona urbanizável, zona de expansão urbana e zona rural*; leva em consideração, ainda, no tocante ao *uso do solo*, a classificação em *zonas de uso residencial, zonas de uso comercial, zonas de uso industrial, zonas de uso institucional e zonas de uso misto*. Lembre-se que também poderá haver *zonas de proteção ambiental*.

À vista da catalogação derivada dos diversos *usos* é possível uma vasta combinação de espécies, dando surgimento a diferentes *tipos*. Assim, o *uso residencial* comporta em si o *uso unifamiliar, o uso multifamiliar e o uso de conjunto residencial*; o *uso comercial* admite, de sua vez, o *uso comercial varejista de âmbito local, o uso comercial varejista diversificado*

ou *uso comercial atacadista*; o *uso de serviço*, ao seu modo, tolera *usos de serviços locais*, *usos de serviços diversificados* e *serviços especiais*; a categoria de *uso industrial* pode se apresentar como sendo para *uso de indústrias não-incômodas*, *uso de indústrias diversificadas*, *uso de indústrias especiais*, etc.; o *uso institucional* pode se exteriorizar através de subcategorias de *uso institucional de âmbito local*, *uso institucional diversificadas*, *usos institucionais de grandes concentrações* e *usos de instituições especiais*. Por fim, a categoria dos *usos especiais* pode ser destinada à compreensão das chácaras de recreio, clubes de campo, núcleos residenciais de recreio, dentre outros.

Toda essa categorização leva em conta diversos fatores (tidos por *índices urbanísticos*), cumprindo destacar: (i) a fixação das *dimensões do lote*; (ii) o *coeficiente de edificação* (ou *coeficiente de aproveitamento*); (iii) a *taxa de ocupação* e (iv) os *recuos*. A expressão *gabarito* é comumente utilizada para designar a altura máxima permitida para edificações.

No plano específico da exteriorização das normas de zoneamento, apresentam-se elas normalmente em duas partes: (i) um ou vários mapas mostrando as diferentes zonas nas quais é dividida a totalidade do território municipal e (ii) um texto escrito estabelecendo regras para cada uma dessas zonas.

O estabelecimento genérico das zonas e dos usos é ato privativo da função legislativa. Porém, à atividade administrativa toca “individualizar” essas áreas zoneadas. A regra é a seguinte: Tratando-se de *normas de zoneamento* a disciplina toca à lei; cuidando-se da *fixação das zonas*, a tarefa é cabente à Administração que não poderá nada além de cumprir a lei (o decreto não pode inovar e não pode criar; limita-se ao fiel cumprimento da lei).

8. O Direito de construir (expressão do direito de propriedade) se encontra sob o influxo de varias regras advindas não somente da seara urbanística propriamente dita; também as *restrições convencionais* se colocam presentes frente a tal direito, acrescendo-se às *limitações e imposições* do Código Civil (do Direito de Vizinhança), das *leis municipais*, das *leis estaduais* e das *leis nacionais*.

O momento da “fixação do regime jurídico do zoneamento” inicia-se com a expedição da competente *licença para edificar*, aperfeiçoando-se com a prática de atos concretos; no caso, *o início das obras*.

A cassação de *licença para edificar* por motivo de alteração do zoneamento também possui como parâmetro o *início das obras*. Todavia, se o caso, pode a Administração expropriar não o imóvel, *mas o respectivo direito de construir* indenizando o proprietário.

Via de regra a *licença de funcionamento* está garantida contra alterações subseqüentes na lei de zoneamento.

A fixação de coeficientes de aproveitamento podem levar ao aniquilamento da propriedade, tornando-a inaproveitável ou inútil. Se esse *uso funcional* importar em sacrifício ao *direito de propriedade* tem lugar a indenização.

9. *Uso conforme* é o permitido pela lei local; *uso desconforme* é o que está em desacordo, que é indesejável e incompatível com o local onde o imóvel se situa; *uso tolerado* é aquele que o zoneamento não reconhece nem como *conforme* e nem como *desconforme*, sendo objeto de *autorização*, revestindo-se de precariedade.

10. Dentre os *instrumentos de controle da atividade urbana* encontramos a *licença* e a *autorização* de edificar e de uso. Ambas não se confundem e se submetem a regime próprio. De conseguinte, geram conseqüências diversas.

O *controle das atividades urbanas* pode se dar em três momentos distintos: (i) previamente à atuação do interessado; (ii) durante essa mesma atuação (fiscalização, comunicação, inspeção, etc.) e (iii) posteriormente àquela atuação (“habite-se”, auto de conclusão, vistoria, etc.).

Licença traz ínsita em si a presunção de definitividade; a *autorização* é precária e por tempo determinado. Aquela é vinculada e pode gerar indenização; esta é discricionária e não gera indenização.

As licenças possuem características próprias: (i) *vinculação*; (ii) *transferibilidade*; (iii) *autonomia* e (iv) *definitividade*, sendo de quatro espécies: (i) *para reformar*; (ii) *para construir*; (iii) *para reconstruir* e (iv) *para demolir*. Simples reparos submetem-se a outro regime e não dependem de licença (nem mesmo de comunicação à Prefeitura) porque não importam em alteração, de qualquer espécie, no imóvel.

O alvará é o instrumento através do qual se materializam a licença e a autorização.

O procedimento para a licença é composto de três fases: (i) *postulação* ou de *requerimento*; (ii) *apreciação* ou *análise* e (iii) *decisão*.

Dá-se a *cassação* da licença quando ocorra descumprimento insanável na execução do projeto (afigura-se à sanção); opera-se a *anulação* da licença na hipótese de ter sido obtida ilegalmente ou por meio fraudulento; verifica-se a *revogação* da licença em sobrevindo interesse público que assim o exija. Em qualquer desses casos, mister a observância do *contraditório* e da *ampla defesa*, por determinação expressa do Texto Constitucional.

Outra forma de *extinção* da licença - a mais natural delas - é a sua *caducidade* que se verifica uma vez decorrido o prazo para o qual foi concedida. Desnecessária a manifestação da Administração nesta hipótese, vez que tal se opera *per si*.

11. *Direito adquirido* é aquele que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, e se aperfeiçoou consoante termos pré-estabelecidos sob dado regime jurídico então vigente. A sua definição normativa está no artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Em Direito Urbanístico, são os “direitos adquiridos” pouco tratados, embora proponham um sem-número de situações onde estejam presentes. No tocante ao *zoneamento* em especial, traduzem-se em face às *licenças para edificar* e *funcionamento* e às *autorizações*.

Inúmeras questões são postas diante do Poder Judiciário versando os “direitos adquiridos” e vale notar que especial importância possui para a sua conformação a *prática de atos concretos* por parte do administrado.

A todo modo, temos os “direitos adquiridos” em sede administrativa como sendo um “direito fraco”, “relativo” e “cedente” face ao interesse da coletividade.

Acessado/atualizado em 10/12/2006 23:33:34
C:\Joberson\Jair Santana\Artigo - Ordenação do solo.doc

Autor: Jair Eduardo Santana

www.jairsantana.com.br

jairsantana@jairsantana.com.br

[críticas serão bem recebidas]

porquanto não pode haver direito adquirido contra interesse público, o qual sobrepairá -sempre- sobre o interesse privado.

Jair Eduardo Santana