

Comentários às Restrições Urbanísticas: Ponderações às Limitações Urbanísticas à Propriedade

Tauã Lima Verdan¹

Resumo:

Inicialmente, ao se esmiuçar as restrições urbanísticas, sobreleva anotar que, enquanto instituto integrante da rubrica *limitações urbanísticas à propriedade*, tem o condão de limitar o aspecto absoluto ostentado pela propriedade, em qualquer de suas faculdades. Neste passo, é observável que o instituto em comento incide sobre: a) direito de fruição, por meio do qual o proprietário pode retirar de sua propriedade um sucedâneo de vantagens que ela possa fornecer, alcançando, inclusive, o direito de usa da coisa, empregando na destinação que entender ser a mais adequada, e o direito de ocupação, o qual corresponde ao uso da propriedade, em toda sua extensão, conforme estabelece o conteúdo ventilado pelo dispositivo 1.229 da Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil; b) direito de modificação ou transformação, que se assenta na faculdade que o proprietário possui de modificar ou alterar, por qualquer maneira, no todo ou em parte, podendo até mesmo destruir, a substância da coisa própria; e, c) direito de alienação, fundado em o proprietário poder alienar sua propriedade, podendo lançar mão de qualquer um dos meios em que pode ser adquirida.

Palavras-chaves: Restrições Urbanísticas. Direito de Fruição. Direito de Modificação. Direito de Alienação.

Sumário: 1 Limitações Urbanísticas à Propriedade: Notas Introdutórias; 2 Restrições Urbanísticas à Propriedade: Conceito e Caracteres; 3 Restrições às Faculdades de Fruição; 4 Restrições à Modificabilidade da Propriedade; 5 Restrições à Alienabilidade da Propriedade; 6 Limites às Restrições

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Atualmente, cursa a Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal, da Universidade Gama Filho. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

1 Limitações Urbanísticas à Propriedade: Notas Introdutórias

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*². Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades

² VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.

que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”³. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, com o necessário destaque, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdán, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”⁴. Destarte, a partir de uma análise profunda dos axiomas mencionados, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, tal como os institutos neles insculpidos.

Nesta senda, ao se estruturar um exame concernente às limitações à propriedade, em especial as contidas na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001⁵, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes

³ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

⁴ VERDÁN, 2009. Acesso em 12 mar. 2013.

⁵ BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

gerais da política urbana e dá outras providências, é observável que essas se interferem com os aspectos e caracteres do direito de propriedade privada. Imperioso se faz lembrar que a propriedade, enquanto direito subjetivo civil, está revestido de três faculdades basilares, quais sejam: **a)** faculdade de uso; **b)** faculdade de gozo; e, **c)** faculdade de disposição, conforme estabelece, em claros alaridos o artigo 1.228 do Código Civil de 2002⁶. “*Pela primeira se reconhece ao proprietário a possibilidade de usar o bem para a satisfação de suas próprias necessidades; pela segunda ele pode auferir os frutos que a coisa produzir*”⁷. A terceira faculdade básica está assentada no poder de dispor do bem, consistente em realizar atos de domínio de distintas índoles, como, por exemplo, venda e doação.

Ao lado disso, o direito à propriedade consubstancia três caracteres, a saber: é absoluto, exclusivo e perpétuo. É considerado direito absoluto, uma vez que assegura ao proprietário a liberdade de dispor das coisas, adquiridas de maneira legítima, do modo que aprouver àquele. Igualmente, é direito exclusivo, porquanto respeito ao proprietário e a nenhum outro, cabendo, a princípio, tão somente a ele. Por derradeiro, é dito direito perpétuo, vez que não desaparece com o fim da vida do proprietário, passando, por sucessão hereditária, ao sucessor do proprietário, significando que tem duração ilimitada, não se perdendo pelo não-uso.

As limitações ao direito de propriedade, enquanto conjunto de institutos jurídicos que afetam, de maneira direta, qualquer dos aspectos característicos desse direito, encontram, *in casu*, substrato nas normas e princípios que orientam o Direito Municipal e Urbanístico, porquanto servem de instrumento de atuação e materialização urbanística. As limitações urbanísticas, assim como as administrativas, devem embasar-se no artigo 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que condiciona a utilização da propriedade a sua função social. Cuida-se de limitação ao uso da propriedade e não da propriedade em sua substância. São limitações ao exercício de direitos individuais e não aos direitos em si mesmos. Nesta esteira, ainda, são limitações dotadas de essência administrativa, voltadas à

⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 1.228**. *O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha*”.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2012, p. 393.

realização da função urbanística do Poder Público. Desta feita, as limitações à propriedade privada constituem, portanto, gênero do qual são espécies as restrições, as servidões e as desapropriações. É observável que as restrições limitam o caráter absoluto da propriedade; as servidões, o caractere exclusivo; e, a desapropriação, o aspecto perpétuo.

2 Restrições Urbanísticas à Propriedade: Conceito e Caracteres

Inicialmente, ao se esmiuçar as restrições urbanísticas, sobreleva anotar que, enquanto instituto integrante da rubrica *limitações urbanísticas à propriedade*, tem o condão de limitar o aspecto absoluto ostentado pela propriedade, em qualquer de suas faculdades. Neste passo, é observável que o instituto em comento incide sobre: a) direito de fruição, por meio do qual o proprietário pode retirar de sua propriedade um sucedâneo de vantagens que ela possa fornecer, alcançando, inclusive, o direito de usa da coisa, empregando na destinação que entender ser a mais adequada, e o direito de ocupação, o qual corresponde ao uso da propriedade, em toda sua extensão, conforme estabelece o conteúdo ventilado pelo dispositivo 1.229 da Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002⁸, que institui o Código Civil; b) direito de modificação ou transformação, que se assenta na faculdade que o proprietário possui de modificar ou alterar, por qualquer maneira, no todo ou em parte, podendo até mesmo destruir, a substância da coisa própria; e, c) direito de alienação, fundado em o proprietário poder alienar sua propriedade, podendo lançar mão de qualquer um dos meios em que pode ser adquirida. Afora isso, mister se faz necessária, tamanha é a proeminência do tema debatido, trazer à colação o entendimento jurisprudencial construído pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Processual Civil, Administrativo, Ambiental e Urbanístico. Loteamento City Lapa. Ação Civil Pública. Ação de nunciação de obra nova. Restrições Urbanístico-Ambientais convencionais estabelecidas pelo loteador. Estipulação contratual em favor de terceiro, de natureza *propter rem*. Descumprimento. Prédio de nove andares, em área onde só se admitem residências uni familiares. Pedido de demolição. Vício de

⁸ BRASIL. **Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 1.229.** *A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las*”.

legalidade e de legitimidade do alvará. *Ius variandi* atribuído ao município. incidência do princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso) urbanístico-ambiental. Violação ao art. 26, VII, da Lei 6.766/79 (Lei Lehmann), ao art. 572 do Código Civil de 1916 (art. 1.299 do Código Civil de 2002) e à Legislação Municipal. Art. 334, I, do Código de Processo Civil. Voto-Mérito. 1. As restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais. 2. Nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos. 3. O interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. 4. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucessores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. [...] 11. O exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 302.906/SP/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 26.08.2010).

Nesta perspectiva, é possível dizer que “*as restrições urbanísticas são as limitações impostas às faculdades de fruição, de modificação e de alienação da propriedade, no interesse da ordenação do território*”⁹. Desta feita, o instituto em tela constitui verdadeira condição ao exercício das faculdades ora mencionadas, não extirpando a substância mínima do direito de propriedade, devendo, pois, serem toleradas pelo proprietário. No mais, os aspectos característicos das restrições urbanísticas são a generalidade, a executoriedade, a razoabilidade e a não

⁹ SILVA, 2012, p. 395.

confiscabilidade. Inclusive, ainda, no que se refere à tolerância das restrições urbanísticas, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que “a construção em desacordo com as restrições urbanísticas, sobre o recuo do jardim, sem licença, enseja pretensão à sua demolição”¹⁰.

As restrições urbanísticas podem ser classificadas em consonância com o bem tutelado sobre o qual incidem, podendo, desta sorte, serem consideradas em quatro órbitas distintas, a saber: a) restrições de proteção ao domínio público, compreendendo alinhamento e nivelamento; b) restrições de proteção à salubridade urbana; c) restrições de proteção à funcionalidade urbana; d) restrições de proteção à segurança; e, e) restrições de proteção estética, paisagística e monumental. É possível, ainda, arrimado na faculdade dominial atingida, classificar as restrições urbanísticas nas seguintes esferas: a) restrições à faculdade de fruição do domínio; b) restrições à faculdade de modificação da coisa ou restrições à modificabilidade da propriedade ou restrições da coisa objeto do domínio; c) restrições à faculdade de alienação da coisa ou restrições à alienabilidade da propriedade ou restrição da coisa objeto do domínio.

3 Restrições às Faculdades de Fruição

A faculdade de fruição, tal como expendido acima, consiste na manifestação de caráter absoluto do direito de propriedade, estando assentado no poder que o proprietário possui de extrair de sua propriedade todas as vantagens proporcionadas por ela. “O proprietário exerce essa faculdade por meio do uso e da ocupação da coisa que lhe pertence, de sorte que as restrições a essa faculdade efetivavam-se mediante restrições ao uso e à ocupação”¹¹. Nesta senda, com o escopo de ilustrar as ponderações arvoradas até o momento, cuida trazer à colação o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, notadamente quando colocou em destaque:

¹⁰ RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 70004062238. Administrativo. Construção sobre recuo de jardim. Demolição. Possibilidade. 1. A construção em desacordo com as restrições urbanísticas, sobre o recuo do jardim, sem licença, enseja pretensão à sua demolição. 2. Apelação desprovida. Órgão Julgador: Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Araken de Assis. Julgado em 22 mai. 2002. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

¹¹ SILVA, 2012, p. 396.

Ementa: Mandado de Segurança - Direito de Propriedade - Restrição ao Direito de Uso - Proibição da Locação de Imóvel para festas e eventos - Zona de Preservação Parcial - Legalidade - Segurança Denegada. Desde que se trata de área de preservação parcial, na qual a Lei Municipal permite apenas serviços locais, vedando, outrossim, atividades diversificadas como as ""casas de eventos"", não constitui ilegalidade atos que visem impedir que o direito de propriedade seja exercido em desconformidade com as restrições urbanísticas e condicionamentos legítimos impostos pela referida Lei e que se justificam pelas finalidades sociais relevantes. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível 1.0702.02.029586-2/001/ Relator: Desembargador Geraldo Augusto/ Julgado em 08.06.2004/ Publicado em 10.06.2004) (grifou-se).

Ademais, as restrições ao uso da propriedade são verificadas, de maneira fundamental, por meio dos diplomas legislativos que insculpam acerca do zoneamento, que compreendem várias categorias de uso, de maneira que o proprietário não tem o poder de dar a seu imóvel o uso que bem aprouver, uma vez que, nos locais em que elas incidem, é imperiosa a observância das imposições delas emanadas para cada zona: uso residencial, uso comercial, industrial, etc. Infere-se, nesta toada, que a busca pela satisfação do interesse coletivo, por parte da Municipalidade, tem o condão de suplantar os interesses apresentados pelo proprietário, cerceando, desta maneira, o uso da propriedade.

Já as restrições à ocupação de propriedade fazem menção, maiormente, ao ponto de vista urbanístico, consistente na implantação das edificações no lote, eis que o proprietário é obstado de construir na totalidade do terreno. Nesta situação, tal como se observa na anterior, com o escopo de se assegurar, por motivos diversos, tais como preservação de áreas ambientais, revitalização de áreas urbanas degradadas ou mesmo em razão de disposições específicas legislativas, é permitido ao Município, no uso de suas atribuições, obstar que o proprietário utilize a totalidade de seu terreno, no que concerne a promover edificações.

Nesta espécie de restrição, mister se faz a observância dos índices urbanísticos previstos para cada modelo de assentamento urbano, tal como: taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, recuos, dentre outros. A essas restrições pertencem, também, as que defluem do alinhamento e do nivelamento, tal como as proibições *non aedificandi*. Com o escopo de fortalecer as ponderações apresentadas, insta trazer à colação o sedimentado entendimento jurisprudencial apresentado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, ao apreciar o Recurso em Mandado de Segurança N° 8.766/PR, em especial quando pontua que:

Ementa: Administrativo. Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Edificação litorânea. Município de Guaratuba. Embargo pelo Estado. Legalidade. Uso do solo urbano. Interesse da coletividade. Lei e Decreto Paranaense 7.389/80 e 4.605/84. 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. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 4.605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Guaratuba, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ RMS 8.766/PR/ Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins/ Julgado em 06.10.1998/ Publicado no DJ em 17.05.1999, p. 150) (destacou-se).

No mais, quadra evidenciar que é na esfera municipal que repousa a atribuição de controle de uso e ocupação do solo urbano, bem como de funcionamento das atividades empresariais em geral, para a boa e equilibrada ordem na cidade, no foco da segurança, da salubridade, da localização e da funcionalidade das edificações e instalações de atividades empresariais nelas agregadas, a exigir os respectivos licenciamentos e amoldar suas atividades às exigências maiores do interesse público. Assim, é admissível a atuação do município - por lei e eventuais medidas administrativas dela decorrentes (inclusive punições pelo seu descumprimento da lei, se o caso) -, fruto de disciplina normativa apoiada na autonomia municipal do regramento do uso do espaço urbano, do funcionamento das atividades empresariais, e do exercício regular do poder de polícia urbanística e de atividades econômicas licenciadas. Com efeito, insta trazer à colação os paradigmáticos entendimentos jurisprudenciais:

Ementa: Apelação - Mandado de Segurança Município de Catanduva Poder de polícia urbana e de funcionamento de atividade comercial. Proibição de venda de bebidas destiladas em estabelecimentos comerciais de determinado quadrilátero da cidade. Espaço urbano socialmente degradado, a exigir medidas de revitalização urbana e de cidadania. Restrições amparadas em lei municipal (Lei nº 5.278/2011). Princípio constitucional de liberdade de iniciativa econômica (art. 170, parágrafo único, da CF) não violado ordem denegada em primeiro grau de jurisdição – Apelo Desprovido. O princípio da livre iniciativa e livre exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF) não é absoluto, mas comporta regramento, disciplina e limites legais, dentre eles, em sede de

estabelecimento comercial situado em espaço urbano socialmente degradado da cidade, a exigir medidas de revitalização urbana e de cidadania, a restrição de venda de bebida alcoólica localizada na zona degradada especificada, com amparo em lei municipal específica. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Primeira Câmara de Direito Público/ Apelação Cível N°. 0001799-56.2012.8.26.0132/ Relator: Desembargador Vicente de Abreu Amadei/ Julgado em 29.01.2013) (sublinhou-se).

Ementa: Administrativo. Construção sobre recuo de jardim. Demolição. Possibilidade. 1. A construção em desacordo com as restrições urbanísticas, sobre o recuo do jardim, sem licença, enseja pretensão a sua demolição. 2. Apelação desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível N° 70004062238/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 22.05.2002) (destacou-se).

É verificável, a partir das informações ejetadas acerca das restrições à faculdade de fruição da propriedade, que aquelas estão assentadas no denominado direito de construir, estabelecendo óbices ao pleno e irrestrito direito de uso e ocupação, encampados pelo direito subjetivo civil que deflui da propriedade. Trata-se de situação que, em razão da adoção das medidas administrativas empregadas pelo Município, de maneira específica, o proprietário tem a sua faculdade de fruição parcialmente tolhida, com o escopo de assegurar a satisfação dos interesses coletivos em detrimentos dos particulares. Ademais, não se revela desarrazoado salientar que os Entes Estatais “*têm competência concorrente e supletiva para legislar e estabelecer limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade ou do exercício de atividade laborativa em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública*”¹².

4 Restrições à Modificabilidade da Propriedade

As restrições urbanísticas que afetam a faculdade de transformação da propriedade alcançam, comumente, à vedação de modificação ou alteração. A exemplo das restrições em comento, é possível colocar em destaque “*as que limitam a atividade de parcelamento do solo para fins urbanos, impondo ao parcelador*

¹² MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Acórdão proferido em Agravo de Instrumento N° 1.0699.09.098464-1/001. Tutela Antecipada. Proibição De Propaganda Em Veículo Sonoro. Competência do Município. Ausência de Verossimilhança. A União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente e supletiva para legislar e estabelecer limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade ou do exercício de atividade laborativa em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública. Recurso conhecido e provido. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Albergaria Costa. Julgado em 20 ago. 2009. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

*diretrizes relativamente ao arruamento, ao loteamento, ao desmembramento e ao desdobro de lote, sujeitos a aprovação e autorização da Municipalidade*¹³. Igualmente, é possível citar, também, as restrições à exploração de florestas de proteção permanente, de corte de qualquer árvore declarada imune de corte, de desmatamento de reservas florestais.

Ademais, não se pode olvidar da declaração de imodificabilidade das coisas, decorrente do texto contido no artigo 17 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937¹⁴, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. O sobrecitado dispositivo legal traz, com clareza solar, a impossibilidade do proprietário demolir, destruir ou mesmo mutilar o bem tombado. Da mesma maneira, o aludido artigo é imperativo ao estabelecer que a realização de pintura, restauro ou mesmo obras de conservação, por parte do proprietário, carecem de prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

Ora, entende-se que as restrições insculpidas no Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937, apresentam como escopo principal a preservação dos bens que, em razão de sua importância, constituem o patrimônio histórico-cultural brasileiro. Afora isso, a realização de obras de conservação, por parte do proprietário, sem que haja prévia autorização do órgão público responsável, pode acarretar a descaracterização das feições e aspectos característicos que lhes emolduram como bem tombado integrante do patrimônio histórico-cultural. As limitações urbanísticas, no atual desenvolvimento da sociedade, são impositivas, cabendo ao Poder Público, dentro do seu poder de polícia, regular o uso do solo, das construções e do desenvolvimento urbano, sempre buscando conferir melhores condições de vida coletiva, promovendo o adequado zoneamento, inclusive com o imprescindível controle da estética urbana.

Embora o urbanismo seja matéria de modo geral afeta a todos os Entes Federados, podendo a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, fixarem normas buscando a ordenação urbana no território nacional, em especial

¹³ SILVA, 2012, p. 397.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 17.** *As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado*”.

face à função social da propriedade preconizada no artigo 170, inciso III, da Constituição Republicana¹⁵. Além disso, não se pode suprimir que os Municípios têm a principal, específica e mais ampla competência para os assuntos de interesse local, nos termos do artigo 30, inciso I, da Carta de Outubro¹⁶, e para o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, nos termos do inciso VIII¹⁷ desse mesmo dispositivo.

5 Restrições à Alienabilidade da Propriedade

As denominadas restrições à alienabilidade da propriedade estão atreladas tão somente à limitação à faculdade de alienação, impondo condições ao seu exercício. No direito pátrio, o tema em comento se materializa, maiormente, no direito de preferência em favor da União, dos Estados e dos Municípios, quando se tratar de bens tombados como de valor histórico, artístico, etnológico ou paisagístico, conforme assinala o artigo 22 do Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937¹⁸, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Não se pode olvidar que, uma vez vilipendiado o direito de preferência, a alienação será considerada nula, eis que o bem tombado não foi oferecido, primeiramente, aos Entes Estatais, consoante explicita a norma específica.

¹⁵ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (omissis) **III - função social da propriedade**”.

¹⁶ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 30.** Compete aos Municípios: **I - legislar sobre assuntos de interesse local**”.

¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 30.** Compete aos Municípios: (omissis) **VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano**”.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013: “**Art. 22.** Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. **§1º** Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. **§2º** É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impor a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias”.

Ao lado disso, o direito público de preferência à aquisição de terrenos constitui instrumentos de controle, de um lado, mas também de formação de reservas de terrenos urbanos no domínio público municipal, do qual o Município se servirá, em momentos oportunos, para atuações urbanísticas que não demandem o desembolso de investimentos vultuosos. Como bem assinala José Afonso da Silva, *“combinado com a técnica urbanística do direito de superfície (...), constituirá meio de lentamente se chegar à municipalização dos terrenos urbanos, sem quebra de prioridades mais urgentes a serem atendidas”*¹⁹.

6 Limites às Restrições

Quadra evidenciar que as restrições urbanísticas ao direito de propriedade e ao direito de construir, para serem consideradas legítimas, deverão constituir limitações de cunho geral. Deste modo, não produzem ônus ao Poder Público, porquanto, a princípio, as restrições urbanísticas não acarretam o dever de indenizar. Quanto tais restrições padecem de aspecto geral, são consideradas como verdadeiras servidões, dando azo, por via de consequência, ao dever do Poder Público indenizar o proprietário particular afetado. Não se pode olvidar, por imperioso, que a restrição ao domínio, seja uma restrição simples, seja uma restrição substancial, não pode desmembrar ou mesmo lesar o direito de propriedade de maneira tal que arrebate ou mutile, em âmbito confiscatório, o destino natural que detém.

Nesta esteira, quando o equilíbrio que deve existir entre a restrição e a necessidade que se objetiva satisfazer com ela é desrespeitado ou, ainda, se ultrapassa o limite máximo do sacrifício que seja passível de imposição à propriedade privada em benefício da comunidade, a restrição, como tal, não prospera, exceto se subsistir o adimplemento de verba indenizatória, em competente procedimento processual que objetive sua eliminação. No Ordenamento Brasileiro, quando a restrição alcança a esses limites de sacrifício da propriedade, dá ensejo ao instituto da desapropriação indireta, com a pertinente indenização que atenda todos os prejuízos sofridos pelo proprietário.

¹⁹ SILVA, 2012, p. 399.

REFERÊNCIA:

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013

BRASIL. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.

BRASIL. **Lei N°. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.

BRASIL. **Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

SÃO PAULO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 12 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 12 mar. 2013.