

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

ADIR UBALDO RECH

VALMIR CÉSAR POZZETTI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito urbanístico, cidade e alteridade [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Adir Ubaldo Rech; Valmir César Pozzetti. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-720-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO URBANÍSTICO, CIDADE E ALTERIDADE

Apresentação

A edição do XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, ocorrida em Porto Alegre /RS, em novembro de 2018, consolida o Direito Urbanístico e Alteridade como áreas de ampla produção acadêmica em Programas diversos de Pós-Graduação, de todas as regiões do país.

O grande interesse demonstrado pelos pesquisadores em estudar temas dessas áreas encontrou, nas sessões do Grupo de Trabalho realizadas no evento, uma enorme receptividade e oportunidade de discussão, trazendo temas atuais e preocupantes, uma vez que a industrialização do campo estimula a migração de pessoas para as áreas urbanas, aumentando os problemas relacionados à infra estrutura urbano-ambiental, que precisam ser estudados pelo Direito para que a sociedade tenha uma resposta e instrumentos jurídicos, seja para a sua proteção, seja para a imposição de penalidades àqueles que utilizam-se de práticas incorretas de convivência.

A obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento, reunindo temáticas diversas no campo do direito urbanístico, cidades e alteridade, os quais trazem grande contribuição para o avanço do Direito e das Relações Sociais.

Apresentamos, assim, os trabalhos desta edição.

O trabalho intitulado “A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA-MG: OS LIMITES E AS POTENCIALIDADES DO SEU DESENHO INSTITUCIONAL” de autoria de Marcos Felipe Lopes de Almeida e Waleska Marcy Rosa, aborda as contribuições do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora para a concretização da democracia participativa, desenvolvido por autores como Boaventura de Sousa Santos e que se baseia na criação de esferas públicas, não estatais, em que o Estado coordena diversos interesses.

Já a pesquisa de Édson Carvalho aborda a temática “ A DESAPROPRIAÇÃO DE BENS PÚBLICOS PELOS MUNICÍPIOS E O DESENVOLVIMENTO URBANO”, onde o autor analisa a competência constitucional dos Municípios para formularem e executarem políticas

de desenvolvimento urbano, seguindo as diretrizes fixadas em Lei federal, analisando a viabilidade de se desapropriar bens imóveis pertencentes à União ou aos Estados diante da vedação trazida pelo Decreto-Lei nº 3.365/1941.

As autoras Juliana Cainelli de Almeida e Tamires Ravello, apresentam sua pesquisa intitulada “A FUNÇÃO AMBIENTAL COMO FATOR DETERMINANTE PARA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA”, destacando a importância de se estabelecer critérios para a caracterização das Áreas de Preservação Permanente de acordo com a identificação dos elementos indispensáveis para que uma área seja assim considerada; bem como analisam os fatos que levaram a legislação a definir o que é área urbana consolidada, estabelecida pela Lei nº 13.465/2017.

O trabalho intitulado “A INEVITABILIDADE DA CONEXÃO ENTRE A AUTONOMIA FEDERATIVA E OS DIREITOS INDIVIDUAIS” de autoria de Eliana Franco Neme e Cláudia Mansani Queda de Toledo, analisa o “fortalecimento/enfraquecimento” das unidades federadas, destacando que o fenômeno está inequivocamente associado à maior/menor proteção dos direitos individuais e, por esse viés a proteção e o fortalecimento da federação é, sempre, instrumento de proteção dos direitos individuais.

Já a pesquisa de Jéssica Miranda e Adriano Silva Ribeiro, intitulada “A INTERFERÊNCIA DO ESTADO NA PROPRIEDADE PRIVADA: REMOÇÃO DE MORADORES DE ÁREA DE RISCO”, destaca a intervenção do Poder Público na propriedade privada, analisando a questão que se refere à situação de remoção de moradores de imóveis situados em área de risco, a fim de averiguar a existência de eventual dever de indenizar.

Os autores Edson Ricardo Saleme e Renata Soares Bonavides em sua obra intitulada “A POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO E DEFESA CIVIL – PNPDEC NAS CIDADES BRASILEIRAS” analisam a Lei da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC destacando que ela foi um marco legal que modernizou permanentemente estratégias voltadas à prevenção de desastres e viabilizou formas de melhor gerenciamento destes, através da participação dos entes federativos e da sociedade, com a liderança da União.

“A PRIMEIRA NORMA TÉCNICA PARA CIDADES SUSTENTÁVEIS: UMA REFLEXÃO SOBRE A PROBLEMÁTICA URBANA” de autoria de Valmir César Pozzetti e Fernando Figueiredo Prestes, traz um estudo sobre a novel NBR n. 37.120/17, a primeira

norma técnica para cidades sustentáveis e analisa se há como medir a problemática urbana, no tocante a prestação dos serviços de saneamento ambiental, abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos.

A pesquisa realizada por Hélio Jorge Regis Almeida e Bruno Soeiro Vieira, cujo título é “APLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICO-URBANÍSTICOS EM UMA COMPLICADA EQUAÇÃO: ‘MAIS CASA SEM GENTE DO QUE GENTE SEM CASA’”, aborda a temática das moradias de famílias que habitam moradias inadequadas, enquanto existem imóveis ociosos nas cidades brasileiras, buscando identificar caminhos para o equacionamento desta contradição, para se efetivar o direito à moradia digna.

Já o trabalho intitulado “AS CIDADES QUE TEMOS NÃO ASSEGURA DESTRUIR AS CIDADES QUE QUEREMOS” de autoria de Adir Ubaldo Rech e Natacha Souza John, faz uma análise sobre o fenômeno do surgimento de grandes cidades e a alteração do meio natural por um meio ambiente criado, o que levou o homem a buscar meios de sobrevivência em locais distantes da cidade, destacando que o parcelamento do solo passou a ter outra natureza que não à mera ocupação, com base em regras do Direito Imobiliário; destacando que é necessário uma interpretação sistêmica desse fenômeno, com vistas a manter as cidades já estabelecidas e a projetar outras cidades ambientalmente sustentáveis.

Já as autoras Ana Maria Foguesatto e Elenise Felzke Schonardie na temática “CIDADES GLOBAIS E CIDADES VITRINES: DOIS MODELOS QUE EMERGEM A PARTIR DA COMPLEXIDADE DO FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO” analisaram o direito à cidade sob dois novos modelos de cidade que emergem a partir da globalização nas sociedades ocidentais: a cidade global como nova categoria teórico-analítica e a cidade-vitrine como modelo emergente no enfrentamento de crises globais.

O trabalho “CIDADES RESILIENTES À CATÁSTROFES: O EXEMPLO DA CIDADE DE LAGES, EM SANTA CATARINA, BRASIL”, de autoria de Marcia Andrea Bühring e Alexandre Cesar Toninelo, analisa a importância da promoção de políticas públicas, e a gestão participativa, de todos, na construção de cidades resilientes e sustentáveis.

Ivone Maria da Silva faz uma abordagem crítica da cultura patrimonialista brasileira como entrave à efetivação do direito à cidade e à moradia como mecanismo de segregação urbana, trazendo uma abordagem teórica do conceito de “direito à cidade” em Harvey e Lefebvre e o direito à moradia como garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, na obra intitulada “CULTURA PATRIMONIALISTA E POLÍTICA URBANA: O DESAFIO DO DIREITO À CIDADE E À MORADIA”.

Já Marcelo Eibs Cafrune contribui com a obra intitulada “DIREITO À MORADIA E ATIVISMO JUDICIAL: O CASO DA OCUPAÇÃO RIO BRANCO, EM SÃO PAULO”, trazendo um enfoque sobre os conflitos fundiários urbanos relativos à reivindicação do direito à moradia que são tradicionalmente solucionados judicialmente por meio de interpretações jurídicas refratárias à constitucionalização do Direito – e do direito à moradia – e vinculada à proteção da propriedade e, por exceção, analisa a reforma desse pensamento, com base na efetividade dos direitos sociais.

No trabalho intitulado “GRANDES NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS, PODER PÚBLICO LOCAL E PLANEJAMENTO URBANO DO PLANO DIRETOR NOVO CENTRO, EM MARINGÁ/PR”, os autores Gabriela Guandalini Gatto e Miguel Etinger de Araujo Junior, analisam a cidade de Maringá/PR desde a sua fundação e fazem uma análise das ações do mercado imobiliário em conjunto ao processo de planejamento urbano, aplicadas no projeto do Novo Centro de Maringá/PR, evidenciando uma associação entre os agentes participantes /beneficiados pelo enredo do mercado imobiliário.

Já Flávia Hagen Matias, faz, em sua obra “O DIREITO À MORADIA ADEQUADA E A OCUPAÇÃO LANCEIROS NEGROS VIVEM: ESTUDO DE CASO” uma retrospectiva histórica do modelo de urbanização brasileiro, trazendo nesse estudo de caso da ocupação Lanceiros Negros, a necessidade do reconhecimento do direito à moradia adequada como direito humano, bem como a importância dos movimentos sociais no exercício da cidadania e na ocupação do espaço público.

O trabalho intitulado “O DIREITO AO LAZER NAS CIDADES: A BIOPOLÍTICA COMO PONTO DE ANÁLISE” de autoria de Filipe Rocha Ricardo e Henrique Mioranza Koppe Pereira analisa o direito ao lazer nas políticas urbanas, reconhecendo a questão da racionalidade neoliberal como barreira; destacando que é necessário a destinação de espaços para que o cidadão urbano desfrute do ócio como um direito e como elemento de ampliação da cidadania.

No trabalho “O DIREITO DE LAJE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADE SUSTENTÁVEL” os autores Zenildo Bodnar e Andressa de Souza da Silva analisam a conjuntura do direito de laje como ponte norteadora do direito fundamental à cidade sustentável e à moradia digna, de modo a compreender o contexto axiológico do instrumento frente ao processo de desigualdade urbana e social.

Já Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues, na obra intitulada “RESTRICÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO:

INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADE”, enfrenta a questão da legalidade da inclusão de restrições urbanísticas convencionais em loteamentos, bem como a possibilidade de revogação das restrições existentes em face de novo plano diretor e nova legislação urbanística, examinando decisões judiciais do TJMG e do STJ.

Norberto Milton Paiva Knebel e Jorge Alberto de Macedo A Costa Junior, na obra “SMART CITIES NO ATUAL ESTÁGIO DA CIDADE-EMPRESA: PERSPECTIVAS TECNOLÓGICAS PARA O DIREITO À CIDADE” analisa a necessidade de reapropriação dos meios tecnológicos informacionais pelo cidadão, a expropriação da tecnologia do planejamento estratégico para a sociedade, como um direito à cidade.

No trabalho intitulado “TÍTULOS DE IMPACTO SOCIAL (SOCIAL IMPACT BONDS): PROPOSTA PARA A ACELERAÇÃO SOCIOECONÔMICA DO BRASIL”, os autores Jonathan Barros Vita e Alceu Teixeira Rocha analisam os Títulos de Impacto Social (Social Impact Bonds), e sua morosa utilização, nas contratações governamentais pelo mundo e no Brasil, descrevendo o Social Impact Bond (SIB), e suas relações contratuais entre o Estado, o terceiro setor e a iniciativa privada.

Já Cleilane Silva dos Santos e Luly Rodrigues da Cunha Fischer analisam, na obra “VIOLAÇÕES AO DIREITO À MORADIA EM DECORRÊNCIA DE GRANDES PROJETOS: ESTUDO DE CASO SOBRE BELO MONTE”, as violações ao direito à moradia em decorrência de grandes projetos na Amazônia, discutindo a implementação de Belo Monte, o modo como ocorreu o processo de realocação compulsória na área urbana e rural, bem como as implicações ao direito à moradia dos habitantes que não tiveram que ser realocados de suas casas e a posição do poder público municipal diante das violações efetivadas ao direito à moradia.

Finalizando, as autoras Carla Maria Peixoto Pereira e Luciana Costa da Fonseca, na obra “E QUE É A CIDADE, SE NÃO FOR O POVO ?”: CONTRIBUIÇÕES DO MODELO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE”, analisam como o modelo de democracia participativa pode contribuir para a concretização do Direito à cidade, o qual, segundo Henri Lefebvre e David Harvey, tem como viés principal a questão democrática.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Direito Urbanístico, cidade e alteridade; o que nos leva a concluir que as reflexões jurídicas, nessa obra, são contribuições valiosas no tocante a oferta de proposições que assegurem a melhoria de vida e o acesso à terra no âmbito urbano e a todos os equipamentos a ela inerentes, como

mecanismos de promoção à dignidade humana, buscando-se a harmonia com o meio ambiente e com os demais seres que habitam esse espaço urbano, promovendo-lhes a alteridade.

Desejamos, pois, a todos, uma excelente leitura.

Prof. Dr. Adir Ubaldo Rech

Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Valmir César Pozzetti

Universidade do Estado do Amazonas

Universidade Federal do Amazonas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS A PARTIR DE UM ESTUDO DE CASO: INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS NA CONSTRUÇÃO DA CIDADE

CONVENTIONAL URBAN RESTRICTIONS FROM A CASE STUDY: PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS IN CITY CONSTRUCTION

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues ¹

Resumo

Este estudo enfrenta a questão da legalidade da inclusão de restrições urbanísticas convencionais em loteamentos, bem como da possibilidade de revogação das restrições existentes em face de novo plano diretor e nova legislação urbanística. Emprega-se método de revisão bibliográfica para responder à questão concreta levantada por um Município no trabalho de Assessoria Técnica para revisão do Plano Diretor. Parte-se do estudo de diversos tópicos do direito para, ao final, apresentar conclusões gerais. O estudo aborda os temas das restrições urbanísticas, parcelamento do solo, plano diretor e princípios constitucionais. São examinadas decisões judiciais do TJMG e do STJ.

Palavras-chave: Direito urbanístico, Parcelamento do solo urbano, Direito de construir, Plano diretor, Função social da propriedade urbana

Abstract/Resumen/Résumé

This study addresses the question of the legality of including conventional urban restrictions in subdivisions, as well as the possibility of repealing existing restrictions in the face of new master plan and new urban legislation. A bibliographic review method is used to answer the concrete question raised by a Municipality in the work of Technical Advice for revision of the Master Plan. It begins with the study of several topics of law, in order to present general conclusions. The study deals with the themes of urbanization restrictions, land subdivision, master plan and constitutional principles. TJMG's and STJ's judgments are examined.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Urban law, Urban land installment, Right to build, Master plan, Social function of urban property

¹ Advogado. Doutor em Direito da Cidade – UERJ. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. edomingues@unirio.br.

1. INTRODUÇÃO

Uma importante questão que toca o direito urbanístico é a possibilidade de loteadores incluírem restrições urbanísticas nos projetos de loteamento e as mesmas valerem contra os primeiros adquirentes, os adquirentes subsequentes, os vizinhos e até mesmo contra o Poder Público. Estariam estas restrições indenidas de alterações legislativas?

A questão apresentada neste estudo foi levantada no âmbito do trabalho de assessoria técnica prestada pelo Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM a um Município do Estado de Minas Gerais para a revisão do Plano Diretor e das leis de Uso e Ocupação do Solo Urbano e Parcelamento do Solo Urbano.

O IBAM é uma associação civil sem fins lucrativos, cuja missão é promover “*o desenvolvimento institucional da Administração Pública, especialmente a municipal, fortalecer sua capacidade de formular políticas, prestar serviços e fomentar o desenvolvimento, objetivando uma sociedade democrática e justa*” (IBAM, <http://www.ibam.org.br/info/institucional/16>, acessado em 28/08/2018).

Dentre as diversas áreas em que atua, o IBAM presta assessoria técnica para Municípios na elaboração ou revisão de planos diretores e das leis urbanísticas que o seguem.

Neste contexto, o IBAM foi contratado em 2017 para a revisão do Plano Diretor e das leis de Uso e Ocupação do Solo Urbano e Parcelamento do Solo Urbano por um Município do Estado de Minas Gerais.

No desenvolvimento do trabalho, o Município, Contratante, apresentou uma questão recorrente a respeito de restrições de construções que os loteadores colocam em seus empreendimentos, que hoje têm tido “força de lei”. De acordo com o Contratante, os loteadores (na maioria das vezes investidores, não ligados à área de engenharia ou arquitetura), com frequência, ao executarem seus loteamentos, registram em cartório, sem sequer cientificar a Prefeitura, restrições para as construções que o empreendimento irá receber. São restrições como proibição de uso não residencial, de área mínimas de construções, de número máximo de pavimentos, número máximo de edificações em um terreno, proibição da construção de edículas e até mesmo proibição da construção de muro de fechamento.

Muitas dessas restrições seriam contrárias a legislação municipal vigente, como no caso das ruas classificadas pela lei de uso e ocupação do solo como zonas mistas, ou seja, onde

se podem construir prédios residenciais e comércios, mas o loteamento tem restrições com relação a existência de comércio e prédios no bairro.

Diante deste quadro, era do interesse do Município que tais restrições não mais prevalecessem, desafiando o estudo, por parte da Assessoria do IBAM, a respeito do tema das restrições urbanísticas convencionais, a fim de responder às questões do Contratante, que pretendia:

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

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

Para auxiliar a análise da questão, foi encaminhada decisão denegatória de Mandado de Segurança – MS em que Servidores do Município figuram como autoridades coatoras por terem indeferido alvará de construção cujo padrão destoava das restrições urbanísticas convencionais.

Uma vez respondida a questão do Contratante, a pesquisa então empreendida foi transformada neste artigo, com pequenas adaptações de forma. Tendo em vista que no momento da finalização deste estudo o trabalho de assessoria técnica ainda estava em curso, entendeu-se por bem, para preservar a finalização do trabalho técnico, que fosse suprimido o nome do Município, o que não prejudica em nada as conclusões deste estudo.

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

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

A metodologia deste estudo parte da análise da questão concreta colocada pelo Município, empreendendo-se pesquisa de revisão bibliográfica, análise da decisão do MS em questão, pesquisa de jurisprudência no Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJMG e no Superior Tribunal de Justiça – STJ.

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

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

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

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

O parcelamento do solo urbano recebia parco tratamento legislativo por meio do Decreto-Lei nº 58/37, que disciplinava o loteamento e a venda das unidades (lotes). O §1º do artigo 1º exigia aprovação do plano e da planta do loteamento pela Prefeitura Municipal.

Apenas com a promulgação da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, nº 6.766/79, foi exigida edição de legislação municipal de parcelamento do solo, bem como de indicação de diretrizes urbanísticas para orientar, a partir do interesse público, a elaboração do plano e das plantas do parcelamento.

A Lei nº 6.766/79 divide a atividade de parcelamento em dois tipos, o loteamento e o desmembramento, que se caracterizam pela criação de lotes destinados à edificação, sendo o conceituado pela “abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (art. 2º, §1º) e o segundo pelo

“aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (art. 2º, §2º).

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

§ 1o A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divida o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

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

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

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

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

Tal possibilidade de restrições urbanísticas convencionais advinha da falta de regulamentação sobre o tema, seja na esfera nacional, estadual ou municipal. O antigo Decreto-Lei 58/37 não tratava dos loteamentos com o caráter de interesse público com que hoje trata a legislação. De acordo com Nascimento (2012), as restrições convencionais impõem diversas obrigações aos adquirentes, de fazer e de não fazer.

Acima das restrições convencionais que regulam a faculdade de construir do proprietário, esta atividade econômica privada está relacionada à função social da propriedade de que tratam o artigo 5º, XXIII e 182 da CF/88 e à observância do direito dos vizinhos e dos regulamentos administrativos, como preceitua o Código Civil Brasileiro:

Art. 1.299. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

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

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

§ 1º - omitido

§ 2º - O memorial descritivo deverá conter, obrigatoriamente, pelo menos:

I - a descrição sucinta do loteamento, com as suas características e a fixação da zona ou zonas de uso predominante;

II - as condições urbanísticas do loteamento e as limitações que incidem sobre os lotes e suas construções, além daquelas constantes das diretrizes fixadas;

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

I a V – omitidos

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

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

I a VI – omitidos

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

Como se observa, é legal a imposição de restrições convencionais pelo loteador, mas elas devem passar pelo crivo do Município no exame do projeto de loteamento, pois devem constar do memorial descritivo (art. 9º, §2º, II).

Além disso, as restrições também devem constar do “exemplar do contrato padrão de promessa de compra e venda, ou de cessão ou de promessa de cessão” (art. 18, VI), para fins de arquivamento no cartório de registro de imóveis e da escritura de alienação do imóvel ao particular (art. 26, VII).

De acordo com Nascimento:

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

A partir deste quadro legal, pode-se considerar que a não indicação das restrições convencionais no memorial descritivo impossibilita a análise e aprovação pelo Município, impossibilitando, também, a inclusão destas restrições no contrato padrão a ser arquivado no registro de imóveis.

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

Desta forma, qualquer efetivação de registro de restrições urbanísticas convencionais na matrícula de imóveis fere a Lei de Registros Públicos e a inclusão de restrição urbanística convencional no contrato padrão sem aprovação do Município é nula e deve ser retirada pelo cartório.

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

Como visto, Meirelles classificava as restrições convencionais como individuais ou gerais (2000, p. 78), tendo as primeiras efeitos apenas entre os contratantes e as segundas para adquirentes e vizinhos, que teriam o poder de exigir seu cumprimento. Esta é a linha de entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DIREITO DE CONSTRUIR. RESTRIÇÃO DE VIZINHANÇA. LIMITAÇÃO DE CARÁTER INDIVIDUAL. A lei processual civil autoriza a propositura da ação de nunciação de obra nova ao proprietário ou possuidor, a fim de impedir que a edificação de obra nova em imóvel vizinho lhe prejudique o prédio, suas servidões ou fins a que é destinado. O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. As restrições de vizinhança, dentre as quais aquelas que limitam o direito de construir, podem ser de natureza legal ou convencional, sendo que esta última se reveste de caráter geral ou individual,

produzindo respectivamente efeitos erga omnes ou inter partes. Constatado o caráter individual da restrição convencional ao direito de construir, apenas os contratantes podem exigir reciprocamente sua observância na forma avençada. (TJMG - Apelação Cível 1.0394.08.077833-2/003, Relator(a): Des.(a) José Flávio de Almeida, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2009, publicação da súmula em 13/10/2009)

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

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

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

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

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

Em outra decisão, o TJMG mantém o mesmo entendimento:

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

Foi realizada pesquisa de jurisprudência no sítio eletrônico do TJMG, <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>, visando encontrar julgados que tratassem da questão das restrições urbanísticas convencionais. A consulta foi realizada nos meses de julho e agosto de 2018, sendo conferida por último no dia 28/08/2018. Foram empregando-se vários termos, com conectores e entre aspas. O termo mais abrangente e que apresentou mais resultados (16), foi a expressão “restrições E urbanísticas”, sem o uso das aspas. Todos os resultados da pesquisa com outros termos estavam compreendidos nos 16 acórdãos inicialmente encontrados.

No entanto, desses 16 acórdãos, apenas três têm pertinência com o estudo das restrições urbanísticas e a legislação municipal, enquanto outros tratam de temas diversos, embora o assunto das restrições tenha sido ventilado na ementa, como, por exemplo, responsabilidade pela evicção na alienação de lotes com restrições; restrições em APP, restrição de circulação em logradouro público, entre outros. Dentre os três casos pertinentes, dois já foram acima citados e as respectivas ementas transcritas. No terceiro caso, o entendimento do Tribunal é pela possibilidade de alteração das restrições convencionais por meio de lei municipal posterior, tendo o Relator sido vencido. Eis o teor da ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ORDEM URBANÍSTICA. RESTRIÇÃO DE USO DO SOLO. ANTENAS DE TELEFONIA. UBERLÂNDIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA. FIM SOCIAL DA PROPRIEDADE. A restrição registral quanto à finalidade do uso dos lotes, porque anteriormente consolidada em ato jurídico perfeito, porque genérica e característica da inclusão, e, não, da exclusão, de benefícios telecomunicativos coletivos, e porque identificada com o próprio fim social da propriedade, não encontra restrição de construção nos lotes do bairro Altamira de Uberlândia, posto que não afetada, por proibição específica, pelas LCs. 269/01, 377/04, e 392/05.

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

No caso deste estudo, no escopo do contrato de Assessoria ao Município, o contratante informou que as restrições urbanísticas convencionais apostas pelos loteadores não são informadas ao Município para aprovação. Logo, se assim efetivamente o for, não havendo

aprovação, as restrições não podem ser impostas a terceiros que não fizeram parte do contrato original.

Persiste ainda as questões sobre como proceder caso o Município tenha aprovado as restrições urbanísticas convencionais, porém elas não correspondem, atualmente, às necessidades de desenvolvimento urbano da cidade e também como proceder para impedir a inscrição pelo loteador de restrições no Registro de Imóveis.

3. AS RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS CONVENCIONAIS E A LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA MUNICIPAL

Como se viu, a justificativa para permissão das restrições convencionais era a ausência de regulamentação de requisitos urbanísticos do Decreto-Lei nº 58/37 que assegurassem a qualidade mínima dos loteamentos. Mesmo após a edição da Lei nº 6.766/79, muito Municípios, até hoje, não regulam o parcelamento do solo ou não o fazem a contento. A questão que se impõe é saber qual a validade das restrições urbanísticas convencionais face o advento da legislação urbanística municipal.

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

Em pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça – STJ, <http://www.stj.jus.br/SCON/>, nos meses de julho e agosto de 2018, conferida por último no dia 28/08/2018, foram obtidos como resultado para a expressão “restrições E urbanísticas”, sem o uso das aspas, 5 acórdãos e 71 decisões monocráticas. O emprego de outros, com conectores e entre aspas, apresentava número de resultados menor e mais restritivo do que a pesquisa inicial.

Foram analisados apenas os 5 acórdãos, por serem decisões colegiadas e porque o escopo das decisões monocráticas, teoricamente, deve ser o de negar provimento a recurso “manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Código de Processo Civil de 1.973, art. 557, com redação dada pela Lei nº 9.756/98) ou de dar provimento a recurso quando a “decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (Código de Processo Civil de 1.973, art. 557, §1^a-A, com redação dada pela Lei nº 9.756/98). No âmbito do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, o escopo

das decisões monocráticas é o de negar ou dar provimento a recurso quando este, no caso de negativa de provimento, ou a decisão recorrida, no caso de provimento ao recurso, forem contrários a “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”; “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” e “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (art. 932, IV, alíneas “a”, “b” e “c” e V, alíneas “a”, “b” e “c”). Logo, em princípio, as decisões monocráticas seriam no sentido de aplicar entendimentos já consolidados, não devendo haver em seu teor a “discussão” de interpretação de lei, porque não se trata de decisão colegiada e porque se presta a aplicar entendimento pacificado.

Os 5 acórdãos localizados são:

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

Os dois Recursos em Mandado de Segurança – RMS, acórdãos 3 e 5, tratam da possibilidade de o Estado Embargar edificação em área litorânea a despeito da legislação urbanística municipal, em razão da competência concorrente. O objeto da discussão era a Lei nº 7.389/80 e o Decreto nº 4.605/84 do Estado do Paraná. O segundo acórdão trata da não aplicação de restrição convencional aposta de forma manuscrita na escrita de compra e venda de 1935 e não reproduzida nas escrituras subsequentes. Já o quarto acórdão, Recurso Especial julgado em 2000, exara o entendimento de que as restrições urbanísticas convencionais se sobrepõe à legislação municipal superveniente, a menos que as novas leis urbanísticas “não tolerem o status quo”, isto é, que as restrições urbanísticas convencionais, dito de outra forma,

estejam em confronto com o interesse público constante da nova legislação o que, no caso do REsp em análise, entenderam os Ministros não ter ocorrido. Ademais, o Recurso Especial não foi admitido, pelo que o STJ não se posicionou efetivamente sobre a interpretação do artigo 26 da Lei nº 6.766/79. Veja-se a ementa:

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

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

O primeiro resultado encontrado diz respeito ao REsp mais recentemente julgado, que se trata do caso do loteamento City Lapa na Cidade de São Paulo (Resp nº 302.906-SP). Neste julgamento, o STJ determinou a prevalência da restrição convencional sobre a aprovação de construção dada pela Prefeitura. No entanto, o Acórdão indica parâmetros para revisão da legislação pelo Município.

É de se notar que, no caso do Município de São Paulo, a Lei Municipal nº 8.001/73, com redação dada pela Lei nº 9.846/85, admite restrições urbanísticas convencionais e garante que elas prevalecerão sobre a própria legislação municipal caso sejam mais restritivas, isto é, assegurem maior proteção ao meio ambiente.

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

Assim, entendo que a norma local pode extinguir regra oriunda de convenção das partes, se se verificar a incompatibilidade das regras particulares com a

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

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

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

Meirelles (1977), em seu trabalho “As restrições urbanísticas de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes” conclui que tais restrições convencionais apenas são válidas quando não há legislação urbanística, perdendo sua vigência a partir do momento em que o Município supre a lacuna legislativa e as edita, eis a lição:

Nem sempre os Municípios editam prontamente as normas urbanísticas de sua competência, e nessa lacuna é que atuam as convenções dos loteadores, até a promulgação das leis locais concernentes ao uso e ocupação do solo urbano e urbanizável. (1977, p. 438.)

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

Essas restrições convencionais são supletivas das normas Legais e atuam nos seus claros enquanto a legislação não estabelece normas urbanísticas que irão tomar o seu lugar. E é natural que assim seja porque a cidade cresce, evolui, exige novas atividades, para atender às necessidades supervenientes de sua população, o que impõe uma legislação dinâmica, variável e adequada à solução dos novos problemas urbanos. Esses problemas são tão complexos e vitais para as populações urbanas que o Poder Público não pode deles alhear-se, deixando-os ao alvedrio dos particulares e especialmente dos loteadores. Há que intervir, para organizar racionalmente a cidade, aumentando-lhe a funcionalidade, o conforto e o bem-estar de seus habitantes, e atender às novas exigências da comunidade. (Idem, pg. 439)

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

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

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

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

É o que ocorre no caso do presente estudo, em que o planejamento municipal em curso indica como função social da propriedade urbana o uso misto de residência e comércio em determinadas localidades, bem como a obrigatoriedade de os proprietários murarem seus imóveis a fim de preservá-los de invasão e proliferação de vetores. Tais orientações para a

função social da propriedade urbana devem prevalecer sobre as restrições urbanísticas convencionais.

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

Contudo, apesar da informação do Contratante, de que não aprova as restrições urbanísticas, na decisão do MS encaminhada com a consulta, o juízo registrou na sentença que em, suas informações, as autoridades coatoras aduziram estarem as restrições urbanísticas registradas na Prefeitura e no Cartório de Registro de Imóveis. Desta forma, a juíza sequer adentrou o mérito de terem sido ou não validamente constituídas as restrições, limitando-se a analisar se as restrições registradas na Prefeitura e no Registro de Imóveis tem ou não poder vinculativo em relação aos adquirentes do imóvel.

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

Em seu voto-mérito, o Relator do Recurso Especial - Resp. nº 302.906-SP, Ministro Herman Benjamin, consignou que:

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

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

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

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

Tal entendimento reitera o entendimento anterior do STJ no REsp nº 226.858-RJ de que as restrições convencionais podem se afastadas se confrontarem com o interesse público.

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

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

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

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

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

objetivos o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). O artigo 5º, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, elenca a função social da propriedade (XXIII) e no artigo 6º, dos direitos sociais, traz, a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia. Mais adiante, a Constituição estabelece que:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

Cabe destacar que a política de desenvolvimento urbano de que trata este artigo 182 está inserida no Capítulo da Ordem Econômica e Financeira, porque o desenvolvimento de cidades é atividade econômica e, assim, está submetida aos princípios do artigo 170 da Constituição, em especial, para o caso em estudo, a função social da propriedade (inciso III), a livre concorrência (inciso IV) a defesa do meio ambiente (inciso VI) e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII).

Assim, na elaboração do plano diretor e, portanto, na definição dos critérios para que a propriedade urbana cumpra determinada função social, o município deve equacionar as demandas da cidade e a regulação das atividades privadas, empregando como ferramenta o sopesamento dos valores constitucionais de função social da propriedade, livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, focando, em especial dentre os princípios fundamentais, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e nos objetivos fundamentais que podem ser condensados na expressão desenvolvimento, igualdade e solidariedade sociais.

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

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

Isto feito, poderão permanecer vigentes as restrições urbanísticas convencionais que estiverem de acordo com a função social da propriedade expressa no plano diretor, devendo as divergentes serem canceladas no registro de imóveis, por requerimento do interessado, nos termos do artigo 250, III da Lei de Registros Públicos, tenham ou não sido previamente aprovadas pelo Município.

O caminho para modificação de restrições convencionais previamente aprovadas pelo Município, quando confirmam maior proteção ao meio ambiente que a lei municipal, é, no entendimento do Min. Herman Benjamin, Relator do Resp. nº 302.906-SP, a motivação da modificação e a demonstração da existência de circunstância excepcional.

É de se entender que a revisão do plano diretor, como ora ocorre no Município contratante, com seus estudos técnicos e processo participativo, constitui o fundamento da motivação do interesse público municipal em estabelecer novas regras urbanísticas incompatíveis com as restrições convencionais que não são recepcionadas, caracterizando, também, as circunstâncias diferenciadas da cidade que são diversas das existentes no momento em que se permitiram as restrições convencionais.

Isto porque a cidade é dinâmica e não pode ficar presa no tempo por conta de acordos entre particulares, ainda que aprovados pela municipalidade.

Para exaurimento do caminho indicado no Resp nº 302.906-SP pelo Contratante, deve ficar consignado no Plano Diretor, para cada macrozona em que se dividia a Cidade, como a propriedade urbana cumpre a função social. Em seguida, as leis de parcelamento e uso e ocupação do solo urbano também devem estipular o tratamento dado às restrições urbanísticas convencionais, se são ou não admitidas e quais seus efeitos e relação com eventual legislação posterior. Em não sendo admitidas as restrições urbanísticas convencionais, qualquer acerto

contratual neste sentido terá efeito apenas entre as partes que celebraram o contrato, sendo vedado ao Cartório efetuar o registro dessas convenções na matrícula do imóvel, cabendo ao Município e mesmo ao Ministério Público buscar em juízo a declaração de nulidade de atos que violem às leis e o interesse público.

5. CONCLUSÃO

A partir do estudo do caso concreto apresentado pelo Município no âmbito do trabalho do IBAM de Assessoria Técnica para revisão do Plano Diretor, com o propósito de verificar a possibilidade de o Município derrubar as restrições urbanísticas convencionais existentes, bem como impedir a existência do registro de novas restrições convencionais nos loteamentos, é possível concluir que:

1. Os requisitos urbanísticos de loteamento são os da Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano, nº 6.766/79 (art. 4º), e da legislação municipal, por força da própria Lei nº 6.766/79 e da competência constitucional dos municípios (CF, art. 30, VIII);

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

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

4. A cidade é dinâmica, assim como a qualificação da função social da propriedade urbana, não podendo a coletividade ficar refém dos acordos particulares;

5. As restrições convencionais porventura existentes e incompatíveis com a função social da propriedade urbana definida no plano diretor não subsistem, podendo o Município pleitear o cancelamento de sua transcrição no cartório de Registro de Imóveis;

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

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 58/37. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm.
- _____. Lei nº 6.015/73. Lei de Registros Públicos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm.
- _____. Lei nº 6.766/79. Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm.
- _____. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- _____. Lei nº 10.406/2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm.
- Instituto Brasileiro de Administração Municipal.
<http://www.ibam.org.br/info/institucional/16>. Acessado em 28/08/2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes As restrições urbanísticas de loteamento e as leis urbanísticas supervenientes. In: Estudos e Pareceres de Direito Público, São Paulo, RT, vol II, 1977.
- _____. Direito de Construir. 8ªed: Malheiros, São Paulo, 2000.
- NASCIMENTO, Fábio Severiano do. As Restrições Convencionais e as Leis Urbanísticas no Loteamento. In: Revista de Direito da Cidade - Vol. 4, Nº1, 2012.
- SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006