

DISCIPLINA JURÍDICO-URBANÍSTICA DA PROPRIEDADE URBANA

LEGAL-URBANISTIC FRAMEWORK OF URBAN PROPERTY

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Professor Titular aposentado da Universidade de São Paulo.

ÁREAS DO DIREITO: Administrativo; Constitucional

1. A atividade urbanística é uma função do Poder Público que se realiza por meio de procedimentos e normas que importam transformar a realidade urbana, conformando-a ao interesse da coletividade. Interfere, por isso, amplamente, com a *propriedade privada urbana*, a ponto de a doutrina tê-la como um tema do Direito Urbanístico², sugerindo conceitos novos como os de *propriedade urbanística*³, a *propriedade-procedimento*⁴ ou propriedade planificada⁵.

2. A esse propósito, é expressiva a afirmação de Pedro Escribano Collado, segundo a qual, no Direito Urbanístico, é possível determinar os princípios que dominam o regime jurídico da propriedade urbana, pelo que se pode dizer que o direito de propriedade urbana aparece submetido à função pública do urbanismo⁶.

-
1. Artigo originalmente publicado em *Revista de Direito Público*, ano 13, n. 53-54, p. 77-83, jan.-jun. 1980.
 2. Cf. Pedro Escribano Collado, *La Propiedad Privada Urbana*. Madri, 1979; Angel Sustaeta Elustiza, *Propiedad y Urbanismo*, Madri, 1978; Federico Spantigati, *Manual de Derecho Urbanístico*, 3. Parte, Madri, 1973.
 3. Cf. Angel Sustaeta Elustiza, ob. cit., p. 19.
 4. Cf. Pierandrea Mazzone, *La Proprietà-Procedimento*, Milão, 1975. Propriedade-procedimento “es una de las instituciones más interesantes del Derecho Urbanístico, en cuanto concibe a la propiedad como una situación jurídica que se perfecciona a través de un procedimiento sucesivo de actuaciones públicas y privadas que tienen su origen en el plan de urbanismo” (cf. Escribano Collado, ob. cit., p. 110)
 5. Cf. Francesco Lucarelli, *La Proprietà Pianificata*, Nápoles, 1974.
 6. Ob. cit., p. 162.

3. Daí a razão por que o tema se impõe à nossa consideração aqui, a fim de verificarmos sua problemática, em face do Direito Positivo brasileiro, a começar pela disciplina publicística do direito de propriedade, passando pela sua função social, até nos atermos à propriedade urbana e ao chamado “direito de construir”.

4. Os juristas brasileiros, privatistas como publicistas, ainda concebem o regime jurídico da propriedade como subordinado ao Direito Civil. Olvidam as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais para lembrar que a Constituição garante o direito de propriedade, que, assim, se torna, em princípio, intocável, salvo as exceções estritamente estabelecidas, e, quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social da propriedade só o fazem para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o, ainda, com o poder de polícia, tanto que é corrente ler que a função social da propriedade consiste simplesmente no “conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social”, ou seja: mero conjunto de condições limitativas desse direito.

5. Essa é, porém, uma perspectiva dominada pela atmosfera civilística, que não leva em conta as profundas transformações impostas às relações dominiais, sujeitas, hoje, à estreita disciplina de Direito Público, que tem sua sede fundamental nas normas constitucionais. Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, pois também estabelece seu regime fundamental. O Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente regula as *relações civis* a ela pertinentes.

6. A doutrina torna-se de tal modo confusa a respeito do tema que acabara por admitir que a propriedade privada configura-se sob dois aspectos: como *direito civil subjetivo* e como *direito público subjetivo*. Essa dicotomia fica superada com a concepção de que o princípio da função social da propriedade é um elemento do seu regime jurídico; é um princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do direito de propriedade; impõe-lhe novo conceito⁷. Por isso, a noção de *situação jurídica subjetiva (complexa)* tem sido usada para abranger a visão global do instituto, em lugar daqueles dois conceitos fragmentados⁸. Nela resguarda-se o conjunto de faculdades do proprietário dentro da delimitada esfera que a disciplina constitucional traça ao direito de propriedade.

7. Cf. Pedro Escribano Collado, ob. cit., p. 1.122 e ss.; Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto vigente)”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol 15/ 139; Federico Spantigati, ob. cit., p. 261.

8. Cf. Pietro Perlingieri, “Introduzione alla Problematica della Proprietà”, p. 70; Rodotà, ob. e loc. cit., p. 139.

Nessa conformidade é que se pode falar em *direito subjetivo privado* (ou civil) do proprietário, como polo ativo de uma relação jurídica abstrata, em que, no polo passivo, se acham todas as demais pessoas, a que corre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas daquele: *uso, gozo e disposição*.

Vale dizer, enfim, que as normas de Direito Privado sobre a propriedade hão de ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhes impõe.

7. A Constituição, aliás, privilegia a tese, que se desenvolve na doutrina estrangeira, italiana especialmente, segundo a qual a propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens⁹ e de titulares¹⁰. Uma é a propriedade *pública*, outra a propriedade *privada*; uma coisa é a propriedade *agrícola*, outra a *industrial*; uma a propriedade *rural*, outra a *urbana*; uma a propriedade de *bens de consumo*, outra a de *bens de produção*; uma a propriedade de *uso pessoal*, outra a propriedade *capital*¹¹. Pois, como alertou Pugliati, há bastante tempo: “Ao estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico”¹². Cada qual desses tipos pode estar sujeito — e por regra estará — a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade¹³.

A Constituição Federal, realmente, oferece base para essas distinções, porquanto, após assegurar o direito de propriedade em geral (art. 153, § 22: garantia de um conteúdo mínimo essencial, irredutível sem indenização, do direito de propriedade), estabelece regras especiais para a propriedade de marcas de indústria e comércio (art. 153, § 24), a propriedade literária, artística e científica (art. 153, § 25), a propriedade rural (arts. 153, § 34 e 161), o que, por seu lado, importa admitir uma propriedade não rural (*urbana*, portanto), sujeita a regime próprio, diverso do regime da rural. Isso, aliás, não é difícil de compreender, desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma

9. Cf. Spantigati, ob. cit., p. 260

10. Cf. Pietro Perlingieri, ob. cit., pp. 135-136.

11. Idem, ibidem, p. 136 (sem a extensão do texto).

12. Cf. “La proprietà e le proprietà”, no vol. “La Proprietà nel Nuovo Diritto”, Milão, 1964, p. 149

13. Cf. Spantigati, ob. cit., p. 292: “La función social que el ordenamiento atribuye a la propiedad urbana es distinta de la atribuida a la propiedad rural y a la de los instrumentos de producción”.

função do Direito Civil, mas o é de um complexo de normas jurídicas: constitucionais, administrativas, urbanísticas, empresariais e também civis. Em todo caso, sempre sob a inspiração e ordenação do princípio da função social.

8. E certo que esse princípio — o da *função social da propriedade* — é ainda muito mal definido na doutrina; não raro, é obscurecido pela confusão com os sistemas de limites e restrições da propriedade¹⁴. Poucos chegam a delinear-lhe com razoável precisão o significado, a natureza e os efeitos jurídicos¹⁵.

9. A funcionalização da propriedade, no sentido moderno do princípio, é um processo longo. Na verdade, até se pode dizer que esse processo não é o da funcionalização, mas o da sua transformação. Pois é certo, como notara o Min. Moreira Alves, que a propriedade sempre teve urna função social¹⁶. Mas esta se modifica com as mudanças na relação de produção, conforme demonstrara Karl Renner, pois, na etapa de simples produção de bens de consumo, a propriedade outorga ao trabalhador a posse dos meios de produção; logo, porém, muda sua função e, “o que no Direito aparece como faculdade de disposição sobre as coisas de fato converte-se na faculdade de disposição e controle sobre seres humanos, os assalariados, tão logo o direito de propriedade adquire a forma do capital”, “de mero título para dispor de objetos materiais converte-se em um título de poder, e, enquanto permite exercer o poder no interesse privado, converte-se num título de domínio”; com isso, “o direito de propriedade assume nova função social”¹⁷.

14. Cf. Angel Sustaeta Elustiza, ob. cit., p. 290; Guido D’Angelo, “Limitazioni Autoritative della Facoltà di Edificare e Diritto all’Indennizzo”, Nápoles, 1963, p. 64 e ss.; Francesco Santoro-Passarelli e outros, “Proprietà Privada e Funzione Sociale”, Pádua, 1976; Francesco Lucarelli, ob. cit., p. 185 e ss.; Giuseppe Palma, “Beni di Interesse Pubblico e Contenuto della Proprietà”, Nápoles, 1971, pp. 105-238; Michele Constantino, “Contributo alla Teoria della Proprietà”, Nápoles, 1967, onde o tema é referido imprecisamente; Pierandrea Mazzoni, ob. cit., p. 528 e ss.; Pietro Perlingieri, ob. cit. pp. 123-162; Pugliati, ob. cit., pp. 140-144

15. 15. Entre eles estão Rodotà, ob. e toc. cit., pp. 125-146; Spantigati, ob. cit., p. 251 e ss.; Fiorella D’Angelo, “Jus aedificandi: piani regolatori generali e particolareggiati”, in Santoro-Passarelli, ob. cit., p. 117 e ss.; Pedro Escribano Collado, ob. cit., especialmente a partir da p. 95.

16. Cf. José Carlos Moreira Alves, “Propriedade urbana no Brasil”, “Correio Brasiliense”, eds. 29.10.78 e 5. 11.78.

17. Cf. Karl Renner, “El derecho de la propiedad capitalista y las instituciones jurídicas complementarias del derecho de propiedad”, extrato de “The institutions of private law and their social functions”, in Wilhelm Aubert (coordenador), “Sociología del Derecho”, Venezuela, 1971, p. 3 e ss.

Toda vez que isso acontecera, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre esse direito, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente a *regra da função social da propriedade*, como princípio da ordem econômica e social, vale dizer, como princípio da *constituição econômica brasileira*, com o *fim de realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social*, a Constituição Federal (art. 160, III) não está simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus da propriedade privada. Estes são *externos* ao direito de propriedade, vinculantes simplesmente da atividade do proprietário, pelo que interferem tão-só com o exercício desse direito, e que, em grande parte, se não sempre, se explicam pela mera atuação do poder de polícia.

10. Ora, o princípio da função social da propriedade não é apenas mais do que isso. E algo também muito diferente da atuação do poder de polícia. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Não interfere apenas com o exercício do direito de propriedade, âmbito das limitações, porque condiciona a propriedade como um todo, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição da propriedade em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. Constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade, não de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia¹⁸. A função social, assinala Pedro Escribano Collado, “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”; constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo¹⁹.

11. Com essa concepção é que o intérprete tem que entender as normas constitucionais que fundamentam o regime da propriedade: de um lado, o enunciado da *sua garantia*, no art. 153, § 22, e, de outro lado, a indicação de *sua função social*, no art. 160, III, como norma de eficácia imediata para o legislador (federal, estadual e municipal) e “como elemento determinante” daquele direito, “implicando uma transformação radical no esquema estritamente individualístico, transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes ao proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o conteúdo do direito vem positivamente determinado; assim é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da situação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como ausência de

18. Cf. Pedro Escribano Collado, ob. cit., p. 122.

19. Cf. Ob. cit, pp. 118, 122 e 123.

atribuição de determinadas faculdades, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas”²⁰.

Enfim, a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens²¹.

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por outro lado, em concreto, também não autoriza a esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia do respectivo direito.

12. Voltando, agora, nossas vistas para a *função social da propriedade urbana*, temos, primeiramente, que lembrar que esse tipo de propriedade é um típico conceito do Direito Urbanístico, na medida em que a este cabe qualificar os bens urbanísticos e definir seu regime jurídico. A qualificação do solo como *urbano*, porque destinado ao exercício das funções urbanísticas elementares (habitar, circular, recrear e trabalhar), dá a conotação essencial da propriedade urbana. Esta, diferentemente da propriedade agrícola, é resultado já da projeção da atividade humana. Está, portanto, impregnada de valor cultural, no sentido de algo construído pela projeção do espírito do homem. Pois, pelo visto, ela só passa a existir e a se definir pela atuação das normas urbanísticas.

Por isso é que, na observação justa de Pedro Escribano Collado, a função social da propriedade privada urbana repousa num pressuposto de primordial importância, qual seja, o de que a atividade urbanística constitui uma *função pública da Administração*, que, em consequência, ostenta o poder de determinar a ordenação urbanística das cidades, implicando, nisso, a iniciativa privada e os direitos patrimoniais dos particulares²². Nesse sentido é que se pode dar razão ao Min. Moreira Alves quando afirma que a função social da propriedade urbana visa a atender às funções do Urbanismo, que se reduzem a quatro:

20. Cf. Fiorella D’Angelo, ob. cit., em Santoro-Passarelli, ob. cit., p. 135, e bibliografia ali citada sob nota 26.

21. Idem, ibidem, p. 136.

22. Cf. ob. cit., p. 137.

a habitação, o trabalho, a recreação e a circulação dos homens dentro do território urbano²³.

13. É em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso, ao atingir o *regime de atribuição do direito* e o *regime de seu exercício*. Pelo primeiro, cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade do propriet. ∴ jrio. Pelo segundo, realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos do seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.

Bem expressiva nesse sentido é a lição de Spantigati, tendo em vista o art. 3.º da Constituição italiana, a que, no aspecto, corresponde o “caput” do art. 160 da nossa, segundo a qual a função social da propriedade urbana “constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições da moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística”²⁴.

14. Essas considerações põem de manifesto o alcance que o princípio da função pública do Urbanismo, pressuposto da função social nesse âmbito, tem em relação ao direito de propriedade privada: a) de um lado, determinando o direito do proprietário; b) de outro, fixando-lhe o conteúdo, isto é, seu rendimento possível²⁵.

A *determinação do direito de propriedade urbana* é fruto dos planos urbanísticos (gerais e especiais) e de outros procedimentos e normas legais, que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno, determinando-se, assim, o objetivo de propriedade²⁶.

A *fixação do conteúdo do direito de propriedade urbana*, isto é, *das faculdades do proprietário* em relação à edificação dos seus terrenos, pode produzir-se “ope legis” ou pelos planos e normas edilícias²⁷.

23. Cf. “Propriedade urbana no Brasil”, in loc. cit.

24. Cf. Federico Spantigati, ob. . cit., pp. 291-292.

25. Cf., ainda, Pedro Escribano Collado, ob. cit., pp. 137-138.

26. Idem, ibidem, p 138.

27. Idem, ibidem, p. 143.

Em outras palavras — concluímos, com Pedro Escribano Collado — “o direito do proprietário está submetido a um *pressuposto de fato*, a qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de *natureza variável*, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração”²⁸.

15. Daí decorre que, quando o município, no uso de sua exclusiva competência urbanística, interfere, por suas leis, nesse campo, não estará, como se costuma dizer, invadindo o campo de competência da União, porquanto não estará regulando as relações civis do direito de propriedade (competência federal), mas o seu aspecto urbanístico (competência local), com fundamento no princípio da função social da propriedade, que, por defluir de preceito constitucional plenamente eficaz, já predeterminara, só por si, o direito de propriedade e seu conteúdo.

16. As considerações que acabam de ser feitas já delinearão o regime jurídico da propriedade urbana, que tem por objeto o *solo urbano* e as *edificações* erguidas sobre ele. O solo passa a ter qualificação urbana quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a *edificabilidade* e a “viabilidade” de (“viário”), que não são, por natureza, qualidades do solo. Essa qualificação é função das normas urbanísticas, que lhe fixam o *destino urbanístico*, a que fica vinculado o proprietário. Esse destino consiste primordialmente na ordenação do terreno e na sua predeterminação a uma das funções urbanísticas já mencionadas. Mas a figura do destino urbanístico dos terrenos não se resume nisso, pois, como assinalou García de Enterría, “o destino é um instrumento de ordenação da propriedade que se planifica, através de sua natureza vinculante. Isso significa que é a figura por meio da qual se constrói o direito de propriedade... o destino cria uma *utilidade legal* que pode aproveitar ao proprietário e que se contrapõe à *utilidade natural* dos terrenos, identificada com sua natureza de rústico”²⁹.

É certo que o destino urbanístico delimita o direito de propriedade sobre os terrenos. Não é menos certo, porém, que lhe acrescenta outros valores e outras vantagens em favor do proprietário.

17. Pedro Escribano Collado lembra que, formalmente, o destino do solo não é senão conjunto de categorias através das quais ele adquire certa utilidade legal, já que sua utilidade natural é exclusivamente agrícola; materialmente, é, a um

28. Ob. cit., p. 138.

29. “Apud” Pedro Escribano Collado, ob. cit., p. 183, sem citar a fonte.

tempo, dita utilidade legal e o tipo de aproveitamento de que é suscetível no marco concreto em que estão situados os terrenos. É, portanto — conclui — o instrumento que individualiza as distintas categorias de solo urbano³⁰.

18. Vale dizer que a destinação urbanística dos terrenos é uma utilidade acrescida a eles pelos planos e leis de caráter urbanístico. *Utilidade* que se especifica em várias modalidades, conforme o aproveitamento concreto definido para cada terreno. A utilização, por conseguinte, do solo urbano pelos proprietários depende da predeterminação dada pela legislação e planos urbanísticos. O *lote*, parcela de terreno destinada à edificação, é uma das modalidades predeterminadas por via especialmente dos planos de parcelamento do solo para fins urbanos. O lote é, conseqüentemente uma criação da atividade urbanística; surge, pois, como uma utilidade legal do terreno: a *edificabilidade*. Veja-se, pois, que a *edificabilidade* não é algo de natural aos terrenos. O que é natural a eles é a produção das chamadas “riquezas naturais”. A edificabilidade é algo que surge com a ordenação urbanística do solo. É algo novo, acrescido, criado pelos planos e normas urbanísticas, por mais elementares que sejam, como no caso brasileiro. Edificabilidade é qualificação legal que se atribui a algum terreno urbano. Essa qualificação é que possibilita ao proprietário exercer a faculdade de construir em terreno urbano. Sem ela, a faculdade não existe.

19. A figura jurídica do destino dos terrenos urbanos e o princípio da função social da propriedade condicionam e informam o entendimento da faculdade que se acha inscrita no art. 572 do CC, faculdade que se habituou denominar “direito de construir”. Diz esse artigo que o “proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

20. Quando se fala em direito de construir, ou, no sentido mais estrito, em direito de edificar em solo urbano, o texto do art. 572 do CC terá que ser interpretado, hoje, tendo em vista as profundas transformações não só da realidade urbana, mas, especialmente, das normas constitucionais sobre o regime da propriedade. Sobretudo, não se pode dar à expressão “direito de construir” ou “direito de edificar” o sentido de um direito subjetivo que, “in abstracto”, caiba ao proprietário do terreno. O que o texto, em verdade, confere a este é uma simples *faculdade*, que, como qualquer faculdade define-se, na lição de Paul Roubier, como “possibilidade legal de opção em vista da criação de uma situação jurídica”³¹. Faculda-

30. Ob. cit., p. 179.

31. Cf. *Droits Subjectifs et Situations Juridiques*, Paris, 1963, p. 163.

des são, no dizer do mesmo autor, “prerrogativas condicionadas, em princípio, isto é, prerrogativas cujo exercício é subordinado a certas condições fixadas pelo Direito objetivo”³². E a faculdade de construir também o é, pois o dispositivo citado a confere, salvo os direitos dos vizinhos e os *regulamentos administrativos*. Nestes entram todas as normas urbanísticas que, disciplinando a ordenação do solo urbano, fixando-lhe o destino, condicionam dita faculdade.

21. Acresce que a função social da propriedade pode fundamentar destinos diversos para os terrenos, determinando a atividade dos respectivos proprietários e o conteúdo de seu direito. Com tal fundamento, é lícito determinar-se, p. ex., a inedificabilidade absoluta ou relativa de certos terrenos, que, em princípio, seriam edificáveis, e isto sem desapropriação, ainda que possa ocorrer a necessidade de ressarcimento de prejuízos devidamente comprovados. O que se quer, aqui, salientar é que o direito de propriedade privada não pode superpor-se ao preceito constitucional da sua função social, ao ponto de impor a faculdade de edificar onde o interesse público aconselha a inedificabilidade. De outro lado, a determinação urbanística, traduzida em planos ou projetos gerais ou especiais de urbanismo, no sentido da densificação de alguma área urbana, revela função social que se impõe à propriedade de terrenos vagos, que justifica a imposição de edificar em certo prazo. Ora, contraria o princípio da função social da propriedade e conservação de terrenos vazios nos centros urbanos, para fins de especulação. Por isso, é plenamente lícito impor a seus proprietários o ônus de sua edificação em prazo determinado, sob pena de serem desapropriados, para cumprimento da função social indicada. Temos tido muito preconceito nesse sentido, porque não estamos levando em conta o alcance do princípio da função social da propriedade, que, no campo urbanístico, tem, ademais, como pressuposto uma função pública, que é precisamente a atividade urbanística.

22. Países europeus vêm dando passos largos nessa matéria. O princípio da função social da propriedade urbana e a verificação de que o destino urbanístico dos terrenos é algo criado, especialmente, a tese de que a edificabilidade dos terrenos urbanos é uma *utilidade legal*, é uma qualificação dada pelos planos e normas urbanísticas, vêm fundamentando a desincorporação do direito de construir do direito de propriedade. De fato, a posição tradicional sustenta que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno.

23. Na Itália, p. ex. a partir daqueles pressupostos, chegou-se à conclusão de que o contrário é o que ocorre. O princípio é o da inedificabilidade dos terrenos,

32. Idem, ibidem, p. 165.

já que, em verdade, seu *destino natural* é o da produção agropecuária. A edificabilidade não é da essência do terreno. Para que este se torne edificável há que sofrer a atuação urbanística, há de receber um “plus” especial, *um valor*, que vem da configuração jurídica decorrente da legislação urbanística. Com base em tais princípios é que a Lei italiana 10, de 28.1.77, praticamente separou a faculdade de construir do direito de propriedade do lote, de tal sorte que o proprietário deste somente poderá edificar nele se ele estiver destinado à edificação e se obtiver não a licença para edificar, mas a *concessão do direito de construir* no caso concreto.

Para muitos, essa problemática revela apenas mais um aspecto do que se tem denominado “crise do Direito”. Para outros tantos, não é senão um passo adiante no ajustamento do jurídico à dinâmica das transformações sociais, de que promana, e que temos que conhecer, apreciar e compreender, sob pena de ficarmos perdidos entre os cacos de uma realidade envelhecida.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A dupla função da licença para construir na nova ordem jurídico-urbanística, de Renata Martins de Carvalho – *RTSP* 5-6/141-159 (DTR\2014\18591);
- Elementos jus econômicos do direito urbanístico, de Rodrigo Oliveira Salgado – *RTSP* 5-6/177-197 (DTR\2014\18592); e
- Plano diretor como parâmetro de aferição de validade material das leis urbanísticas municipais, de José Antonio Aparecido Junior – *RTSP* 5-6/71-96 (DTR\2014\18605).