

As Restrições Convencionais e as Leis Urbanísticas no Loteamento

Fábio Severiano do Nascimento¹

Introdução; parcelamento do solo urbano; as restrições urbanísticas no loteamento; as restrições convencionais e as leis urbanísticas; considerações finais; referências

Resumo: O presente estudo busca tratar a relação entre as restrições urbanísticas convencionais e legais ao direito de construir no loteamento. O que justifica o estudo é a necessidade de combinar a autonomia privada do empreendedor imobiliário à preservação do meio ambiente nas cidades, como meta do Poder Público e dos particulares, mediante uma regulação que sirva como uma pré-conformação jurídica obrigatória. Nestes termos, segue o problema da pesquisa: tais restrições podem ser afastadas ou modificadas pelo Estado, com a edição de controle “mais” ou “menos” rigoroso ao direito de construir? E se é cabível o relaxamento dessas convenções por lei posterior, menos restritiva, quais seriam os pressupostos e limites para tal? Para responder essas perguntas, buscou-se realizar um estudo na doutrina, na legislação e em precedentes judiciais das peculiaridades deste tipo de restrição, sua confrontação com as leis urbanísticas e a ratio decidendi dos tribunais que enfrentaram casos envolvendo estas questões, com destaque para o leading case do Recurso Especial nº 302.906/SP.

Palavras-chave: loteamento; direito de construir; restrições convencionais; lei urbanística.

Abstract: This study seeks to address the relationship between the conventional and the legal right to build the subdivision urban restrictions . What justifies the study is the need to combine the autonomy of private real estate developer to preserving the environment in cities , the goal of the government and individuals, through a regulation that serves as a legally binding pre - conformation . Accordingly , the following research problem : such restrictions may be waived or modified by the State , with the issue of control " more " or "less " strict the right to build ? And if it is appropriate relaxation of these conventions by subsequent law , less restrictive , what are the assumptions and limitations for this? To answer these questions , we sought to conduct a study in doctrine, legislation and judicial precedents of the peculiarities of this type of restriction , his confrontation with the urban planning laws and the ratio decidendi of the courts that have faced cases involving these issues , especially the leading case of the Special Appeal No. 302.906/SP .

Keywords: allotment , right to build ; conventional restrictions ; urban law.

¹ Fábio Severiano do Nascimento, professor na..... mestre em, doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito da Cidade- UERJ pelo convênio DINTER UERJ/UEPB;

INTRODUÇÃO

Há nas nossas cidades uma insuficiência de infraestrutura para atender à demanda populacional, com colapso quase total dos sistemas de transportes e de moradia, precariedade no saneamento básico, bruscas mudanças climáticas, violência e desemprego, que tem aguçado os conflitos sociais, onde os ricos disputam entre si e com os pobres, os espaços urbanos para habitação, trabalho e lazer, conduzindo a um perigoso e indesejado processo de exclusão social, notadamente, pela segregação do espaço urbano com a proliferação de condomínios edilícios e loteamentos fechados. Este criado pelo empreendedor imobiliário como uma alternativa para venda de seus imóveis, não tendo previsão legal, pois legalmente temos apenas o loteamento² e o desmembramento como forma de parcelamento do solo urbano.

O parcelamento de solo urbano é uma atividade que impacta o meio ambiente, por isso está submetida a normas constitucionais, a limitações administrativas e a restrições de vizinhança de natureza urbanística-ambiental. Logo, o projeto de loteamento resulta da conjunção de esforços técnicos próprios da engenharia, da área ambiental, do urbanismo e jurídicos. Por isso, deve atender às exigências contidas nos diversos textos legais incidentes e às diretrizes definidas pelos órgãos públicos, de maneira a torná-lo viável em termos técnicos e jurídicos. Esse procedimento multidisciplinar exige compatibilização nos âmbitos ambiental e urbanístico, analisando o imóvel com todas as suas interfaces para adequar a situação ambiental da área.

Dentre as leis que regulam essa atividade, destaca-se a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, cujo objetivo é traçar os requisitos e procedimentos legais para um regular parcelamento do solo urbano. Esta admite que no projeto do loteamento sejam fixadas, unilateralmente pelo loteador, restrições urbanísticas convencionais gerais de vizinhança ao direito de construir, para que haja harmonia com o tipo de uso e com as condições de estética previstas no plano de urbanização do loteamento. Ainda que sejam expressão da autonomia privada do empreendedor imobiliário, tais convenções devem harmonia a outras normas e valores, constitucionais e infraconstitucionais.

Nestes termos, segue o problema do presente estudo: tais restrições podem ser afastadas ou modificadas pelo Estado, com a edição de controle “mais” ou “menos” rigoroso ao direito de construir? E se é cabível o relaxamento dessas convenções por lei

² Que legalmente só pode ser aberto.

posterior, menos restritiva, quais seriam os pressupostos e limites para tal? Para responder essas perguntas, buscou-se realizar um estudo na doutrina, na legislação e em precedentes judiciais das peculiaridades deste tipo de restrição, sua confrontação com as leis urbanísticas e a *ratio decidendi* dos tribunais que enfrentaram casos envolvendo estas questões.

Este estudo está dividido em três capítulos. O primeiro apresenta um delineamento da disciplina jurídica do parcelamento do solo urbano; o segundo aborda as restrições urbanísticas, diferenciando-as das limitações administrativas urbanísticas; e o terceiro coteja a relação entre as restrições urbanísticas convencionais e as leis urbanísticas, destacando o loteamento “City Lapa” como *leading case*³ no Recurso Especial nº 302.906/SP.

A razão de estudar essas questões está na necessidade de que existam ações que visem combinar a autonomia privada do empreendedor imobiliário à preservação do meio ambiente, utilizando melhor os recursos naturais existentes, ou seja, aliar a livre iniciativa com a conservação ambiental como meta do Poder Público e dos particulares, mediante uma regulação que sirva como uma pré-conformação jurídica obrigatória para o desenvolvimento urbano, a concretização das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes, fundada em valores ambientais, ecológicos, econômicos e urbanísticos.

³ É uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam e que cria o precedente, com influência decisiva para casos futuros.

1 PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

O decreto-lei nº 58, de 10/12/1937, foi a primeiro texto legal brasileiro que tratou de regulamentar a questão do parcelamento do solo para fins urbanos. Entretanto, esse objetivo foi atingido de forma secundária, uma vez que a meta jurídica dessa norma era a regulamentação da venda de terrenos a prazo, sem especificações relativas a exigências sanitárias, os espaços públicos eram somente as ruas, não se exigia equipamentos urbanos e comunitários, tais como, faixas *non aedificandi* e locais destinados ao lazer, à saúde e à cultura. Os loteamentos só interessavam ao Direito Civil. Contudo, com o decreto-lei nº 271, de 28/02/1967, quase quarenta anos depois, ocorre uma mudança na perspectiva legal do parcelamento do solo urbano, passando a enxergá-lo sob uma ótica publicista, prevendo incipientemente a intervenção dos Municípios, que poderia, agora, não aprovar, por exemplo, o plano de loteamento. Com a lei complementar nº 14, de 08/06/1973, foi dado um passo urbanístico importante com a instituição das regiões metropolitanas.

Com vistas a estabelecer, nacionalmente, condições mínimas para estruturação dos loteamentos e diminuir as desigualdades regionais, veio a lei nº 6.766/1979, para dispor sobre o parcelamento do solo para fins urbanos⁴, autorizando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nela às peculiaridades regionais e locais (art. 1º e seu parágrafo único da lei nº 6.766/1979). A lei nº 6.766/1979, que substituiu o Decreto-lei 58/1937, ao menos em relação ao ato de parcelar, já que o referido decreto continua regendo os contratos de promessa de compra e venda, subsidiariamente à Lei nº 6.766/1979 e ao código civil, para regular as promessas de compra e venda de imóveis não loteados, bem como o parcelamento do solo rural. O decreto-lei nº 271/1967 também tratava de loteamentos urbanos e, nesse sentido, no que se refere à concessão de uso como direito real resolúvel, continua em vigor, aplicando-se especialmente aos loteamentos fechados.

⁴ O parcelamento do solo rural está sujeito a lei 4.504/1964.

A Constituição Federal de 1988 no seu art. 30 estabeleceu a competência dos municípios para legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I), suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (inciso II) e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (inciso VIII). Tal tarefa, contudo, deve observar os limites externos dos demais entes federativos, de maneira que seja respeitada a autonomia de cada um. Por esta razão cabe a União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX, da CF), legislando de forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal sobre direito urbanístico (art. 24, I, da CF).

Parcelamento do solo urbano é gênero do qual são espécies o desmembramento, o loteamento e o desdobro. O desdobro⁵ nada mais é que a “subdivisão de um lote em lotes, conforme previsão em lei municipal”, segundo Scavone Junior (2009, p. 112). Os parágrafos §1º, §2º e § 4º do art. 2º da lei 6.766/1979 apontam os conceitos de loteamento, desmembramento e lote, vejamos:

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com 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.

[...]

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.

A infraestrutura básica dos parcelamentos, conforme os §§5º e 6º do art. 2º da lei 6.766/79, deve ser constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. E quando o parcelamento ocorrer em zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS), a infraestrutura básica deverá ser, no mínimo, de: vias de circulação; escoamento das

⁵ Para exemplificar, ocorre o seguinte: se um terreno de 6.000 m² for desmembrado em dez (10) partes iguais, na mesma quadra, cada lote possuirá 600 m². Se o mínimo módulo urbano do município for 300 m², por exemplo, admite-se o desdobro de cada lote de 600m² em dois de 300 m². Esta é a diferença entre desmembramento e desdobro: o primeiro é a subdivisão da gleba; o segundo, do lote. O desdobro (fracionamento), assim como o desmembramento e o loteamento, necessita ser aprovado pela municipalidade, bem como deve estar previsto em lei municipal.

águas pluviais; rede para o abastecimento de água potável; e soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Assim, distingue-se o loteamento do desmembramento, quando na subdivisão da gleba em lotes aproveitar a malha viária e os equipamentos públicos já existentes, há um desmembramento; quando na subdivisão da gleba em lotes há abertura de ruas, vielas, praças e outros logradouros públicos, há um loteamento. Gleba “é a porção de terra que não tenha sido submetida a parcelamento sob a égide da lei 6.766/79, o que equivale dizer que estaremos diante de uma gleba se a porção de terra jamais foi loteada ou desmembrada sob a égide da nova lei” (SCAVONE JUNIOR, 2009, p.114). Distingue-se ainda do loteamento e do desmembramento o arruamento, como leciona Meirelles (2011, p.135)

[...] Há ainda o arruamento, que é unicamente a abertura de vias de circulação na gleba, como início de urbanização, mas que, por si só, não caracteriza loteamento ou desmembramento, e tanto pode ser feito pelo proprietário, com prévia aprovação da Prefeitura e transferência gratuita das áreas das ruas ao Município, como pode ser realizado por este para interligação de seu sistema viário, caso em que deverá indenizar as faixas necessárias as vias públicas. Assim, pode haver arruamento sem loteamento ou desmembramento, mas não pode haver aquele ou este sem vias públicas, abertas anteriormente ou concomitantemente com o parcelamento da gleba.

A lei nº 6.766/1979 incidirá por ocasião de projetos que “impliquem o fracionamento do solo urbano para fins de vendas sucessivas, na forma de terrenos destinados ao público em geral. Envolve a globalidade de uma certa área ou parte dela” (RIZZARDO, 1987, *apud* AGHIARIAN, 2009, p.171). A determinação econômica e social da lei nº 6.766/79 é a de preservar a função social da propriedade, como instrumento urbanístico para uma melhora nas condições de vida.

O art. 4º, inciso I, da Lei nº 6.766/79 estabeleceu os requisitos necessários para implantação de projetos urbanísticos em loteamentos, segundo a dimensão e extensão da área, tendo em vista um controle da concentração demográfica e possíveis conflitos futuros. Este dispositivo foi alterado pelas leis nº 9.875/99 e de nº 10.932/04, eis o seu texto atual:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

O §2º do referido artigo considera como comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no documento NBR 9284, classifica detalhadamente estes equipamentos urbanos, conceituando como todos os bens públicos ou privados, de utilidade pública, destinados à prestação de serviços necessários ao funcionamento da cidade, implantados mediante autorização do poder público, em espaços públicos e privados. São categorias de equipamentos urbanos e comunitários: circulação e transporte; cultura e religião; esporte e lazer; infraestrutura; sistemas de comunicação, energia, iluminação pública e saneamento; segurança pública e proteção; abastecimento; administração pública; assistência social; educação e saúde. Assim, tais equipamentos delinearão escolas, centros sociais de lazer e até, pequenos minimercados e centros de difusão religiosa, observando a homogeneidade local.

Segundo o art. 5º da lei nº 6.766/79, o Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos, sendo estes considerados de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado. As áreas livres de uso comum incorporam-se ao domínio do Município com a simples aprovação do loteamento⁶. A aprovação do loteamento implica, sim, a inalienabilidade das áreas nele destinadas ao uso comum do povo⁷.

No sentido de estabelecer uma planificação urbanística mínima dos lotes, estabeleceu o legislador que os mesmos não poderão ter dimensões menores que 125m² de área e 5m de testada frontal, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes.

⁶ AR 387-4/SP, relator Ministro Barros Monteiro, acórdão publicado em 18/03/1996.

⁷ REsp. 33.934/SP, relator Ministro Ari Pargendler, acórdão publicado em 29/11/1999.

Antes da elaboração do projeto de loteamento, o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel (art. 6º). Seguindo as diretrizes de planejamento estadual e municipal, a Prefeitura indicará nas plantas apresentadas: as ruas ou estradas existentes ou projetadas, que compõem o sistema viário da cidade e do município, relacionadas com o loteamento pretendido a serem respeitadas; o traçado básico do sistema viário principal; a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público; as faixas sanitárias do terreno necessárias ao escoamento das águas pluviais e as faixas não edificáveis; a zona ou zonas de uso predominante da área, com indicação dos usos compatíveis. Os Municípios com menos de cinquenta mil habitantes e aqueles cujo plano diretor contiver diretrizes de urbanização para a zona em que se situe o parcelamento poderão dispensar, por lei, a fase de fixação de diretrizes (arts. 6º, 7º e 8º da lei nº 6.799/79).

Orientado pelo traçado e diretrizes oficiais, quando houver, o projeto ou plano de loteamento devidamente assinado por um engenheiro ou arquiteto devidamente habilitado no CREA⁸, 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 (art. 9º da lei nº 6.799/79). Segundo os §§2º e 3º do referido art. 9º, os desenhos no projeto e o memorial descritivo do projeto de loteamento deverá conter:

§ 1º - Os desenhos conterão pelo menos:

I - a subdivisão das quadras em lotes, com as respectivas dimensões e numeração;

II - o sistema de vias com a respectiva hierarquia;

III - as dimensões lineares e angulares do projeto, com raios, cordas, arcos, pontos de tangência e ângulos centrais das vias;

IV - os perfis longitudinais e transversais de todas as vias de circulação e praças;

V - a indicação dos marcos de alinhamento e nivelamento localizados nos ângulos de curvas e vias projetadas;

VI - a indicação em planta e perfis de todas as linhas de escoamento das águas pluviais.

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

⁸ Conselho regional de engenharia e arquitetura.

- 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;
- III - a indicação das áreas públicas que passarão ao domínio do município no ato de registro do loteamento;
- IV - a enumeração dos equipamentos urbanos, comunitários e dos serviços públicos ou de utilidade pública, já existentes no loteamento e adjacências.

Para a aprovação de projeto de desmembramento, o interessado apresentará requerimento ao Município ou ao Distrito Federal, quando for o caso, acompanhado de certidão atualizada da matrícula da gleba, expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente. A planta do imóvel a ser desmembrado deverá conter: a indicação das vias existentes e dos loteamentos próximos; a indicação do tipo de uso predominante no local; a indicação da divisão de lotes pretendida na área (art. 10 da lei nº 6.799/79).

Uma das recentes modificações introduzidas na lei nº 6.799/79 pela Lei nº 9.785/99 foi a dispensa do título de propriedade quando se tratar de parcelamento popular, destinado às classes de menor renda, em imóvel declarado de utilidade pública, com processo de desapropriação judicial em curso e imissão provisória na posse, desde que promovido pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou suas entidades delegadas, autorizadas por lei a implantar projetos de habitação (art. 18, §4º da lei nº 6.799/79). Esta modificação representou um avanço, pois anteriormente, quando o Município desapropriava um imóvel para fins habitacionais populares, mesmo com a imissão provisória na posse, o título de propriedade só seria obtido após vários anos de processo com a sentença transitado em julgado, impossibilitando a municipalidade a transferir os lotes aos seus destinatários (MEIRELLES, 2011).

O projeto de loteamento deverá ser aprovado privativamente pelo Município, a quem compete também a fixação das diretrizes urbanísticas, segundo as prescrições da União e disposições sanitárias do Estado, expedindo-se o alvará. É vedada a aprovação de projeto de loteamento em áreas de risco definidas como “não edificáveis”, no plano diretor ou em legislação dele derivada (art. 12 da lei nº 6.799/79).

A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas. Transcorridos os prazos sem a manifestação do Poder Público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais

danos derivados da omissão. Contudo, nos Municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de 90 (noventa) dias para a aprovação ou rejeição e de 60 (sessenta) dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização (art. 16 da lei nº 6.799/79).

Os Estados terão, de forma excepcional, de aprovar os loteamentos nas seguintes condições: quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal; quando o loteamento localizar-se em área limítrofe do município, ou que pertença a mais de um município, nas regiões metropolitanas ou em aglomerações urbanas, definidas em lei estadual ou federal; quando o loteamento abranger área superior a 1.000.000 m² (Art. 13 da lei nº 6.799/79).

A Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012, alterou o §1º do art. 12 da lei 6.766/79, definindo que o projeto loteamento aprovado deverá ser executado no prazo constante do cronograma de execução, sob pena de caducidade da aprovação, como também deve o loteador submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob a mesma pena. Examinada a documentação e encontrada em ordem, o Oficial do Registro de Imóveis encaminhará comunicação à Prefeitura e fará publicar, em resumo e com pequeno desenho de localização da área, edital do pedido de registro em 3 (três) dias consecutivos, podendo este ser impugnado no prazo de 15 (quinze) dias contados da data da última publicação. Findo o prazo sem impugnação, será feito imediatamente o registro. Se houver impugnação de terceiros, o Oficial do Registro de Imóveis intimará o requerente e a Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para que sobre ela se manifestem no prazo de 5 cinco dias, sob pena de arquivamento do processo. Com tais manifestações o processo será enviado ao juiz competente para decisão. Registrado o loteamento, o Oficial de Registro comunicará, por certidão, o seu registro à Prefeitura. O processo de loteamento e os contratos de depositados em Cartório poderão ser examinados por qualquer pessoa, a qualquer tempo, independentemente do pagamento de custas ou emolumentos, ainda que a título de busca (arts. 18; 19, §§1º e 5º e 24 da lei nº 6.799/79).

A aprovação do loteamento pelo Município, seguida de registro junto ao Cartório de Registro de Imóveis, produz importantes efeitos. Neste sentido, Meirelles (2011, p. 138), já havia feito inferências em algumas decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, concluindo que o registro do loteamento produz os seguintes efeitos

imediatos: “legítima a divisão e a venda dos lotes; torna imodificável unilateralmente o plano de loteamento e o arruamento; transfere para o domínio público do Município as vias de comunicação e as áreas reservadas constantes do memorial e da planta, independente de outro ato alienativo”. Ultrapassada essa etapa, não se pode mais taxar de irregular o loteamento aprovado e devidamente registrado⁹.

O alvará de licença outorgado presume-se legítimo e definitivo, só podendo ser revisto e tornado sem efeito pela Administração pública mediante: anulação, revogação, cassação e declaração de caducidade. A anulação decorre da infringência de exigências legais. A revogação decorre quando sobrevier interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, quando desaparecem os motivos da outorga da licença ou surgimento de outros motivos que se na época existissem a licença não seria dada; ou ainda, quando é adotado novos critérios urbanísticos de apreciação no plano diretor, seja por sua aprovação ou reforma. Na cassação o licenciado descumpre o projeto em partes essenciais na execução ou a norma regulamentadora da execução da obra ou as exigências do alvará de licença. Pela caducidade o particular perde a licença pela sua inércia no transcurso do tempo nela prevista. Na revogação, os eventuais prejuízos causados serão indenizados pela Administração (SILVA, 2012).

O registro do loteamento só poderá ser cancelado: por decisão judicial; a requerimento do loteador, com anuência da Prefeitura, ou do Distrito Federal quando for o caso, enquanto nenhum lote houver sido objeto de contrato; a requerimento conjunto do loteador e de todos os adquirentes de lotes, com anuência da Prefeitura, ou do Distrito Federal quando for o caso, e do Estado (art. 23 da lei nº 6.799/79). Qualquer alteração ou cancelamento parcial do loteamento registrado dependerá de acordo entre o loteador e os adquirentes de lotes atingidos pela alteração, bem como da aprovação pela Prefeitura Municipal, ou do Distrito Federal quando for o caso, devendo ser depositada no Registro de Imóveis, em complemento ao projeto original com a devida averbação (art. 28 da lei nº 6.799/79).

2 AS RESTRIÇÕES URBANÍSTICAS NO LOTEAMENTO

⁹ REsp 300.181/SP, acórdão da primeira turma do Superior Tribunal de Justiça de relatoria da Ministra Denise Arruda, publicado em 02/05/2006 e republicado em 08/06/2006.

O loteador ao projetar um loteamento deve observar os mecanismos de controle do parcelamento urbano, pois são intervenções jurídico-urbanísticas na propriedade imobiliária para adequar seu uso e ocupação aos interesses coletivos, segundo pré-conformações estatuídas nos planos urbanísticos e nas leis de uso e de edificação do solo. Portanto, há conformidade e não-conformidade de uso¹⁰ e de edificação¹¹ no loteamento.

Oriunda de exigências sociais, tal regulação objetiva ordenar a cidade no seu conjunto e controlar técnica e funcionalmente as construções e ordenamento da cidade. Este visa o estabelecimento do traçado urbano¹², do zoneamento e do uso do solo urbano e urbanizável. Já o controle das construções busca assegurar as condições mínimas de habitabilidade e funcionalidade à edificação, principalmente à moradia. Assim, para equilibrar a concentração humana com os equipamentos necessários ao conforto da população, há a prescrição normativa sobre zoneamento, loteamento, densidade demográfica, coeficientes de edificação (gabaritos de altura, volume e área construída), espaços livres e áreas verdes.

A lei de uso e ocupação do solo urbano classifica os usos e estabelece sua conformidade com as respectivas zonas em que se divide o perímetro urbano, estabelecendo as utilizações nas diversas partes da cidade e as áreas adequadas para as atividades urbanas que afetam a comunidade¹³, a fim de harmonizar o direito de propriedade particular com o interesse coletivo. O controle do uso do solo urbano apresenta-se como uma das mais prementes necessidades em nossos dias, pois

¹⁰ “O uso conforme é o que se enquadra nas categorias de uso estabelecidas para a zona. É o uso permitido e incentivado para cada zona [...]” (SILVA, 2012, p.277).

¹¹ “[...] o assentamento é conforme quando a edificação atenda às restrições referentes ao dimensionamento, recuos, ocupação, aproveitamento e gabarito estabelecidos para o lote.

O assentamento conforme traduz-se em direito subjetivo do titular, quer quanto à continuação ou expansão da edificação já existente, quer quanto à sua implantação. Aquela se afere pela posse do “habite-se”, que indica que a construção foi realizada na conformidade do modelo de assentamento previsto para a zona. A implantação averigua-se pela aprovação do projeto e plantas de edificação e a outorga da respectiva licença para construir, que, segundo a doutrina brasileira, se caracteriza como ato vinculado, que, por isso, não pode ser recusado ao interessado que preencha todos os requisitos referentes à faculdade de construir” (SILVA, 2012, p.281).

¹² O traçado urbano é o desenho geral da cidade; seu levantamento topográfico, com a indicação do sistema viário, marcando o arruamento atual e futuro, com os respectivos alinhamento e nivelamento a serem observados nas construções particulares e públicas. [...].

[...]

Do traçado urbano resultam as imposições de arruamento, alinhamento, nivelamento, circulação, salubridade, segurança e funcionalidade da cidade (MEIRELLES, 2013, p. 569).

¹³ Com destaque para os loteamentos como a forma mais comum de expansão da cidade.

[...] o fenômeno da urbanização dominou todos os povos e degradou as cidades mais humanas, dificultando a vida de seus moradores, pela redução dos espaços habitáveis, pela deficiência de transportes coletivos, pela insuficiência dos equipamentos comunitários, pela promiscuidade do comércio e da indústria com as áreas de residência e de lazer. Daí o crescente encarecimento dos terrenos para habitação, o que vem impossibilitando sua aquisição pelos menos abastados e exigindo a intervenção do Poder Público no domínio fundiário urbano, para conter a indevida valorização imobiliária, quase sempre resultante dos melhoramentos públicos da área, custeados por todos, mas auferidos por alguns (MEIRELLES, 2013, p.575).

Seguindo as lições de Meirelles (2011) pode-se aduzir que tais pré-conformações são verdadeiras limitações¹⁴ administrativas¹⁵ urbanísticas a propriedade particular, por representar preceitos de ordem pública destinadas a organizar os espaços urbanos de modo a propiciar boas condições de vida para a comunidade, exteriorizando-se em preceitos de fazer, não fazer ou de deixar de fazer certas atividades, relacionadas com o uso do solo, as construções, o desenvolvimento urbano e ao cumprimento das funções sociais da cidade: habitação, trabalho, circulação e recreação.

Apesar dos vocábulos “limitação” e “restrição” expressarem a mesma idéia de condicionamento de direitos, quando usados nas locuções “limitações administrativas urbanísticas” e “restrições de vizinhança¹⁶”, seus significados distingue-se nos seguintes termos:

[...] estas, como já vimos (capítulo 3), são estabelecidas nas leis civis para a proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, sossego e da saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 1.277 a 1.313) e aquelas são editadas em normas de ordem pública – leis e regulamentos – em benefício do bem-estar da comunidade, tendo em vista a *função social da propriedade* (Constituição Federal, art. 170, III) [...].

[...]

[...] as restrições civis amparam os vizinhos, reciprocamente considerados nas suas relações individuais; as limitações urbanísticas protegem a coletividade na sua generalidade. Um e outras condicionam o uso da propriedade, restringem direitos individuais, coarctam atividades particulares, tolhem a liberdade de construção, mas em nome de interesses diferentes [...] (MEIRELLES, 2011, p. 89 e 108).

As limitações administrativas urbanísticas podem gerar obrigações e direitos aos vizinhos interessados no seu cumprimento, isto porque o direito de construir insculpido

¹⁴ “Na técnica jurídica, os vocábulos “limitação” e “restrição” expressam a mesma idéia de condicionamento de direitos (MEIRELLES, 2011, p.88).

¹⁵ “É toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2011, p. 89).

¹⁶ “É toda imposição de ordem privada, pessoal, recíproca e gratuita, instituída em benefício dos vizinhos” (MEIRELLES, 2011, p.48).

no Código Civil (art. 1.299¹⁷) está condicionado às normas de vizinhança e as limitações administrativas numa integração normativa evidente. Ademais, o descumprimento das limitações administrativas urbanísticas não prejudica apenas a cidade ou o bairro, mas desvaloriza as propriedades vizinhas, legitimando o vizinho a processar o dono da obra e a entidade pública que ilegalmente autorizou¹⁸.

As restrições de vizinhança são impostas por lei federal (Código Civil, arts. 1.277 a 1.298) ou por convenção dos interessados, as quais só podem ser modificadas pelos vizinhos, a menos que tenham sido convertidas, por normas administrativas, em preceitos de ordem pública¹⁹, e o que era de interesse privado se transforma em interesse público, não podendo ser alterado pela vontade das partes.

As restrições convencionais ao direito de construir no loteamento podem fixar a natureza das construções admitidas, assim como altura, o recuo, o afastamento, o tipo de edificações e o que mais convier aos confrontantes e ao bairro. Elas podem ser individuais ou gerais. As individuais nascem de vínculo obrigacional de natureza pessoal firmado entre as partes, operando entre os contratantes enquanto apenas vizinhos, cessando seus efeitos com a alienação de qualquer dos imóveis a estranhos ao contrato celebrado.

As restrições convencionais gerais²⁰ de vizinhança buscam assegurar ao loteamento os requisitos urbanísticos convenientes à sua destinação. Seu conteúdo pode ser um fazer, um não fazer ou um permitir. São restrições com finalidade nitidamente coletiva, devendo o primeiro adquirente do lote, ou seus sucessores, estar em consonância com ela e com a legislação urbanística para que haja harmonia com o tipo de uso e com as condições de estética previstas no plano de urbanização do loteamento.

Tais restrições são estabelecidas unilateralmente²¹ pelo loteador no memorial de loteamento arquivado no Cartório de Registro público de imóveis, que serão transcritas

¹⁷ “O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

¹⁸ Conforme o art. 45 da lei 6.766/1979 e decisão no RE 49.042.

¹⁹ “Isto ocorre quando os regimentos internos edifícios repetem em seus textos aquelas mesmas imposições da lei civil” (MEIRELLES, 2011, p. 49).

²⁰ Não há unanimidade na doutrina quanto a sua natureza jurídica, para Meirelles (2011, p. 81) “[...] equiparam-se às estipulações em favor de terceiros, nas quais tanto os estipulantes como os beneficiários podem exigir o cumprimento do estipulado (Código Civil, art. 436 [...])”, já para Azevedo (1997, p. 116) “[...] as restrições de loteamento, em princípio, devem ser obrigações *propter rem*[...]”. Contudo, entendo, as convenções urbanísticas gerais do loteamento são estipulações em favor de terceiro, de natureza *propter rem*.

²¹ Na verdade as restrições convencionais num loteamento é um processo composto por dois atos: a previsão unilateral pelo loteador no plano de loteamento devidamente registrado e, depois, a

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. A lei 6.766/1979 põe a declaração de seu conteúdo como documento obrigatório e lhe dá *status* de norma supletiva a legislação urbanística:

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:

[...]

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:

[...]

VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente.

[...]

Art. 45. O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais.

Os atos do loteamento devem ser averbados na matrícula do imóvel, sendo nesse momento em que as restrições urbanístico-ambientais convencionais, fixadas pelo loteador, são publicizadas mediante o arquivando do contrato-padrão. As alienações que se seguirem são apenas registradas na matrícula junto ao Cartório de Registro de Imóveis não sendo necessário repetir todas as informações da matrícula, inclusive às restrições convencionais, basta mencionar o número da matrícula nos termos da Lei nº 6.015/1973:

Art. 231 - No preenchimento dos livros, observar-se-ão as seguintes normas:

I - no alto da face de cada folha será lançada a matrícula do imóvel, com os requisitos constantes do art. 176, e no espaço restante e no verso, serão lançados por ordem cronológica e em forma narrativa, os registros e averbações dos atos pertinentes ao imóvel matriculado.

Portanto, a omissão do alienante e do adquirente, de não fazer constar as restrições do contrato de compra e venda, não elimina mundo jurídico as obrigações

concretização das restrições em cada alienação. O primeiro, um negócio jurídico unilateral normativo; o segundo, um negócio jurídico bilateral, um contrato.

convencionais fixadas por ocasião do loteamento e constantes na matrícula do imóvel. Logo, quem adquirir um lote, principalmente por sucessão do adquirente originário, deve examinar a matrícula do imóvel para aferir os ônus que incidem sobre ele incidem.

As relações entre estas restrições convencionais urbanísticas e as leis urbanísticas, especialmente as supervenientes, suscitaram controvérsias para saber quais deveriam prevalecer. Há quem entenda que as convenções urbanísticas particulares são afastadas pela lei urbanística posterior, por se tratar de norma de ordem pública. Realmente, partindo-se do princípio da prevalência do interesse público sobre o privado, ao se aceitar a existência de restrições urbanísticas convencionais, estas devem compatibilizar-se com as leis municipais, estaduais, federais e, principalmente, com os valores constitucionais, sendo isto feito no momento da aprovação do loteamento, que ao incorporar as restrições urbanísticas convencionais, as torna ato jurídico perfeito. Outros entendem que, no confronto entre as leis urbanísticas e as restrições urbanísticas convencionais, predominariam as que fossem mais restritivas quanto à proteção ao meio ambiente. Vejamos, portanto, como nesta hipótese haverá essa prevalência.

3 AS RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS E AS LEIS URBANÍSTICAS

Como visto no capítulo 1, não obstante o Decreto-lei nº 58/1937 e o Decreto-lei nº 271/1967, pode-se afirmar que até a promulgação da Lei nº 6.766/1979, inexistia no Brasil legislação federal adequada sobre loteamentos. Bairros inteiros que surgiram nas décadas anteriores, foram desenhados por meio de convenções, instituídas entre loteador e os compradores de lotes. Logo, a beleza estética e apelo paisagístico de muitos bairros de hoje, não são fruto de legislação urbanística e ambiental da época da criação dos loteamentos, nem do empenho de gestores públicos, e se não fossem muitas dessas restrições contratuais, o caos e a ausência de áreas verdes em cidades seriam a tônica e um aglomerado de “prédios-espigões” seria o destino dessas regiões. Com a Constituição Federal de 1988, tais restrições urbanístico-ambientais não podem servir de regulação egoística do loteador²², mas como instrumento de garantia dos vizinhos²³

²² As restrições urbanísticas convencionais do loteamento não podem ser garantidas em si e por si, mas porque concretiza um interesse público primário merecedor de tutela, especialmente, por terem sido aprovadas pela municipalidade. E será abuso de direito uma limitação convencional que afronte esse interesse público.

²³ Vizinhos internos (moradores do loteamento) e dos vizinhos externos (moradores do bairro e até da cidade).

ao empreendimento da realização dos valores constitucionais ora vigentes, especialmente, o do meio ambiente equilibrado.

Perante a Lei nº 6.766/1979, as restrições urbanísticas convencionais do loteamento, a serem observadas pelo proprietário do lote e pelo Poder Público, são supletivas da legislação pertinente (art. 26, VII). O vocábulo “supletivo” conduz a dois significados: o primeiro, de acrescentar restrições ao exercício do direito de construir já existentes na legislação, as quais seriam patamares normativos mínimos; e o segundo, de atuação negocial na lacuna ou na inexistência da lei, ou seja, no espaço que lhes reservar o Direito comum. Como acréscimo das restrições mínimas estabelecidas pelo legislador, as restrições convencionais não poderão mitigar ou reduzir ou inviabilizar aquelas dispostas na lei, pelo contrário, somente poderão acrescê-las ou ampliá-las, como também, o Poder Público pode dilatá-las sob o pálio da exigência constitucional da defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (art. 225, *caput*).

Porém, a controvérsia é se o intuito do Poder Público for abrandar ou afastar o campo de incidência das restrições urbanístico-ambientais convencionais. *A priori* somente o inequívoco interesse público²⁴, incapaz de ser implementado por outro meio menos oneroso à vizinhança, autorizaria, em situações excepcionais e de forma plenamente motivada, o Estado a flexibilizar as restrições urbanístico-ambientais convencionais. Essa intervenção que o Estado pode fazer é estritamente condicionada a rígidos pressupostos e sindicável judicialmente, pois segundo o princípio da não-regressão (ou da proibição de retrocesso), devido a escassez de espaços verdes, principalmente nas cidades, os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não poderão ser negados pela geração atual. Vejamos os pressupostos para o afrouxamento ou aniquilamento das restrições urbanístico-ambientais convencionais.

Primeiro, ao Poder Legislativo²⁵ cumpre compatibilizar o interesse público e os interesses privados, sendo ele aquele que num processo legislativo democrático afastaria as restrições convencionais, já que isto atingiria toda a vizinhança, ou seja, os que vivem no loteamento e a coletividade em geral, como bem firmou Meirelles (2011, p.81):

²⁴ Certamente não representados pelos interesses políticos de momento ou pelo voraz interesse do capital especulativo imobiliário.

²⁵ E não pela Administração Pública por meio de atos administrativos individualizados.

Na verdade, o que se tem por objetivo nestas restrições gerais ao direito de construir é o interesse de todos na formação e manutenção do bairro com as condições de conforto e bem-estar idealizadas e procuradas por seus moradores. Inadmissível é que qualquer vizinho descumpra as imposições urbanísticas, para construir em desacordo com o estipulado a favor dos moradores do bairro. Além disso, o desatendimento das restrições urbanísticas do bairro lesa patrimonialmente toda a vizinhança, desvalorizando as propriedades, pela supressão das vantagens previstas no loteamento e que atuaram como fator valorizante dos lotes adquiridos.

Segundo, a simples edição de uma lei autorizadora não é o suficiente, mas deve haver nela uma especificação cabal e motivada das razões que podem levar o Poder Público a materializar o abrandamento ou a dispensa das restrições convencionais urbanísticas, isto porque as tais vinculam a autoridade municipal que aprovou o projeto de loteamento, só podendo fulminar ou mitigar seus efeitos perante terceiros mediante ato devidamente motivado.

Terceiro, os motivos determinantes devem ser excepcionais para legitimar a redução das restrições convencionais urbanísticas, ou seja, não podem ser motivos circunstanciais movidos pela vontade do governante estimulada por outros interesses. São motivos determinantes excepcionais que transmudam restrições válidas no passado em ônus irrazoáveis: quando o próprio disciplinamento do parcelamento do solo passar por insuperável e irreversível transformação, a ponto do legislador competente reformular o recepcionamento das restrições convencionais; mudança histórica irreversível do bairro ou do local de incidência das restrições convencionais em algo diferente daquele que as justificou no passado (limitação de residência unifamiliar em área, hoje, majoritariamente comercial); obsolescência valorativa e técnica da restrição urbanístico-ambiental convencional, decorrente da transformação dos valores sociais e do descompasso científico da restrição.

Prevalece, portanto, a norma mais restritiva no sentido daquilo que, hodiernamente, se entende por qualidade urbanístico-ambiental e cidade sustentável, sobretudo em ressaltar os espaços verdes e à estética urbana. Um exemplo da consagração do princípio da maior restrição em relação às restrições convencionais e a Legislação de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo foi a sua positivação pelo Município de São Paulo pela Lei nº 8.001/1973, alterada pelas Leis nº 9.413/81 e nº 9.846/85, tornando assim tais restrições urbanísticas parte da legislação urbanística municipal, senão vejamos:

Art. 39 - As restrições convencionais de loteamentos aprovados pela Prefeitura, referentes a dimensionamento de lotes, recuos, taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, altura e número de pavimentos das edificações, deverão ser atendidas quando:

a - as referidas restrições forem maiores do que as exigidas pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo;

b - as referidas restrições estejam estabelecidas em documento público e registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 1º - As categorias de uso permitidas nos loteamentos referidos no caput deste artigo serão aquelas definidas para as diferentes zonas de uso pela legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo.

§ 2º - As disposições desta artigo aplicam-se apenas as zonas de uso Z 1, Z 9, Z14, Z15, Z17, Z18 e aos corredores de uso especial Z8-CR1, Z8-CR5 e Z8-CR6.

§ 3º - As alterações das restrições convencionais dos loteamentos dependerá de acordo entre o loteador e os proprietários dos lotes atingidos pela alteração, além da anuência expressa do Poder Público, através de parecer favorável da Comissão de Zoneamento, da Secretaria Municipal do Planejamento.

No entanto, a partir de uma interpretação constitucional valorativa do art. 26, inciso VII, da Lei nº 6.766/1979 a positivação de tal princípio é desnecessária, pois quando o legislador federal afirmou que as restrições urbanísticas convencionais do loteamento seriam “supletivas da legislação pertinente”, não de ser “supletivas” para mais, nunca para menos, atuando para acrescentar as restrições legais existentes ou para suprir lacunas da legislação.

Após a referida lei, na análise do projeto do loteamento tem o Poder Público a oportunidade de intervir no conteúdo das convenções urbanísticas para compatibilizar suas regras as normas de ordenamento do solo e as necessidades urbanístico-ambientais públicas. Ademais, não existe imutabilidade e sim perenidade das restrições convencionais, pois caso o Estado entenda que as tais ofendem o interesse público ou a função social da propriedade ou caracterizam-se abuso de direito, pode corrigir a distorção usando: a desapropriação; o parcelamento ou edificação compulsórios; o IPTU²⁶ progressivo no tempo; a retificação judicial do registro imobiliário para excluir a restrição convencional inválida; ou ainda, a discussão e aprovação de lei de uso e ocupação do solo que afaste, total ou parcialmente, a regra da maior restrição, observando o princípio da proibição de retrocesso e o ato jurídico perfeito.

Nos tribunais superiores brasileiros há poucos precedentes que enfrentaram a controvérsia das “restrições urbanísticas convencionais e as legais”, vejamos suas ementas:

²⁶ Imposto predial e territorial urbano.

LOTEAMENTO DE IMÓVEL URBANO. CLÁUSULA PERMISSIVA APENAS DA UTILIZAÇÃO RESIDENCIAL. - CASA COMERCIAL INSTALADA EM PREDIO CONSTRUÍDO NUM DOS LOTES. ALVARÁ DE LICENÇA DEFERIDO PELO MUNICÍPIO COM ARRIMO EM LEI PERMISSIVA DESSA UTILIZAÇÃO E COM INFRAÇÃO DE CLÁUSULA PROIBITÓRIA ESTABELECIDADA NO LOTEAMENTO. PREVALÊNCIA DA CLÁUSULA CONVENCIONAL, UMA VEZ QUE ELA NÃO INTERFERE EM INTERESSE DE ORDEM PÚBLICA E ÍNTEGRA LOTEAMENTO APROVADO PELA PREFEITURA MUNICIPAL E INSCRITO NO REGISTRO IMOBILIÁRIO. LEI POSTERIOR RESTAURANDO A DESTINAÇÃO ORIGINÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO DA PROPRIETÁRIA DO PREDIO E DA SUA LOCATÁRIA, DONA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EM RELAÇÃO AOS PROPRIETÁRIOS DOS OUTROS LOTES. AÇÃO COMINATÓRIA JULGADA PROCEDENTE. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS QUE SE NÃO CONHECE.

(STF, RE 101258, Relator(a): Min. Soares Munoz, Primeira Turma, julgado em 10/04/1984, DJ 18-05-1984)

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. (STJ, REsp 226.858/RJ, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 20/6/2000, DJ 7/8/2000).

ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES CONVENCIONAIS. PREVALÊNCIA SOBRE NORMAS QUE INSTITUEM LIMITAÇÕES DE ORDEM PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. REPRISTINAÇÃO DOS EFEITOS DE CLÁUSULAS CONVENCIONAIS APÓS TRANSCORRIDAS DÉCADAS DE SUA APOSIÇÃO MANUSCRITA EM ESCRITURA ORIGINAL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. REPRISTINAÇÃO.

1. Restrições convencionais, apostas de forma manuscrita em 1935, em escritura primitiva de compra e venda de imóvel, revogada por força da edição do Decreto-lei n.º 99/41, que instituiu limitações de ordem pública, não poderiam ter seus efeitos repristinados pela Lei n.º 8.001/73, porquanto inexistentes quando da sua edição.
2. Impossibilidade de normas convencionais se sobreporem à limitações de ordem pública. Precedentes.
3. Afrontaria o Princípio da razoabilidade impor ao recorrente a adequação do imóvel às referidas cláusulas, após décadas de ineficácia, porquanto conspiraria contra a ratio essendi do art. 39, da Lei n.º 8.001/73.
4. Efetuando o recorrente modificações no imóvel, em consonância com o Decreto-lei n.º 99/41, muito embora em dissonância com as restrições convencionais, as quais desconhecia porquanto não foram reproduzidas nas escrituras posteriores à original, em nenhuma ilegalidade incorreu.
5. Sob o enfoque da aplicação da lei no tempo, não seria razoável imputar ao recorrente o cometimento de infração à Lei n.º 8.001/73 que, em data posterior à permissibilidade de recuos maiores no imóvel, determinou a

prevalência das restrições pretéritas. A Lei n.º 8.001/73, à semelhança de todo e qualquer diploma legal, somente passou a produzir os seus efeitos quanto às restrições convencionais existentes em data posterior à sua edição.

6. A ausência de reprodução das cláusulas convencionais apostas de forma manuscrita em 1935 na escritura original, no instrumento de compra e venda do imóvel e no Registro Imobiliário, contraria o art.

26, da Lei n.º 6.766/79.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(STJ, REsp 289093/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/09/2003, DJ 20/10/2003, p. 179).

Já nos tribunais estaduais temos mais precedentes do que nos superiores sobre o assunto, suas ementas estão logo abaixo:

Registro de Imóveis - Loteamento - Requerimento de averbação de desdobro de lote - Restrição urbanística do loteamento publicada no registro predial, que veda a subdivisão de lotes - Prevalência da restrição convencional à aprovação municipal do desdobro (Processos CG n.ºs 29/2006 e 453/2006; CSM, Apelações Cíveis n.ºs 22.300-0/0 e 63.641-0/6) - Irrelevância da anuência do loteador e de sociedade de amigos de bairro, fora do quadro adequado para alteração ou cancelamento da restrição - Averbação indeferida - Recurso não provido. (Parecer 236/2007-E, acolhido em 13.7.2007 pelo Desembargador Gilberto Passos de Freitas, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo).

Registro de Imóveis - Averbação de construção para fins não-residenciais obstada - Vedação constante de cláusula - padrão do loteamento -Prevalência da restrição convencional - Autorização pela Prefeitura Municipal - Irrelevância - Recursos não providos. (Parecer 160/2006-E, acolhido em 8.5.2006 pelo Desembargador Ruy Pereira Camilo, Corregedor-Geral da Justiça de São Paulo).

Ação demolitória - Princípio constitucional da função social da propriedade - Direito de construir condicionado às restrições urbanísticas convencionais, impostas pelo loteador - Prevalência sobre as leis urbanísticas - Edificação desconforme à planta aprovada - Utilização não licenciada do imóvel - Recurso improvido. (TJSP, apelação n.º 9188376-41.2005.8.26.0000, Relator: Alves Bevilacqua, Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 02/12/2008, por unanimidade).

AÇÃO DEMOLITÓRIA Edificação que não respeitou recuo mínimo imposto em contrato de compromisso de compra e venda Preliminar de intempestividade de apelação prematura afastada - Poder de fiscalização legitimado em convenio com a Prefeitura Legitimidade da autora em ajuizar ação em razão da sua obrigação de zelar pela obediência às normas constantes do Regulamento das Restrições Anistia e auto de regularização da obra não tem condão de afastar as restrições convencionais ao direito de construir Perícia confirma construção erigida em recuo obrigatório - Sentença mantida Recurso desprovido (TJSP, Apelação n.º 0017274-31.2004.8.26.0068, Relator(a): Lineu Peinado, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado, Data do julgamento: 28/11/2012, por unanimidade)

APELAÇÃO CÍVEL. Reparação de Danos. Proprietário de imóvel confrontante com viela utilizada com via de passagem de automóveis pesados. Vuela restrita a passagem de pedestres. Danos gerados ao imóvel de

propriedade do autor. Obrigação de indenizar caracterizada. Conjunto probatório hábil a demonstrar que o requerido utilizava-se de bem de uso público como se particular fosse e Município que não exerceu seu dever de fiscalização. Responsabilidade concorrente. Restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no registro imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive o Poder Público que aprovou. Por isso quem adquire diretamente do loteador, ou de seus sucessores, deve observar todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subseqüentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização, e, conseqüentemente, todos os interessados. Sentença de parcial procedência do pedido mantida. Negado provimento ao recurso do Instituto e dado parcial provimento ao recurso do Município no tocante aos juros de mora. (TJSP, Apelação nº 0002179-55.2004.8.26.0360, Relator(a): Oswaldo Luiz Palu, Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 04/07/2012, por unanimidade).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. EMBARGO. SUSPENSÃO DA CONSTRUÇÃO. DECISÃO POSTERIOR DE REVOGAÇÃO DA LIMINAR PARA POSSIBILITAR O PROSEGUIMENTO DA OBRA. CONSTRUÇÃO REALIZADA EM DESACORDO COM AS NORMAS INTERNAS DO CONDOMÍNIO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. Interposição de recurso contra decisão singular que revogou a liminar de embargo à obra deferida anteriormente. 2. Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para embargar novamente a construção realizada na casa vizinha à unidade dos autores. 3. O acervo probatório inicialmente produzido traduz a verossimilhança do direito invocado no sentido de que a obra está sendo realizada em desconformidade com as regras internas do condomínio, em abuso às restrições convencionais limitadoras do direito de construir. 4. Urgência que justifica a antecipação da tutela em face da possibilidade de consumação do ilícito com o acabamento da construção de acréscimo na unidade imobiliária dos agravados. 5. Decisão reformada. 6. Recurso provido, nos termos do art. 557, §1º-A, do CPC. (TJRJ, agravo de instrumento nº 0023516-93.2013.8.19.0000, órgão julgador: Des. Elton Leme – Julgamento monocrático: 06/08/2013 - Decima Sétima Câmara Cível).

RESTRICÇÕES URBANÍSTICAS convencionais legítimas, devidamente arquivadas no Registro de Imóveis e aprovadas pela Prefeitura Municipal. Compromissário que se recusa a firmar escritura com inclusão dessas cláusulas. Culpa também da loteadora, porque não as fez incluir no pré contrato. Interesse público nas restrições. Diante do impasse surgido, rescinde-se o negócio com retorno das partes ao "status quo". Ação procedente em parte. (3ª CC do TJRS, Ap. nº 586.013.856, v.u em 21-8-1986, rel. Des. Galeno Lacerda, RJ-TJRGS – 125/254).

ADMINISTRATIVO. DIREITO URBANÍSTICO. INSTITUIÇÃO DE RESTRIÇÃO PARA CONSTRUIR PRÉDIO RESIDENCIAL OU NÃO RESIDENCIAL EM LOTEAMENTO SITUADO NO BAIRRO SÃO BENTO, EM BELO HORIZONTE. VALIDADE. TUTELA ANTECIPADA. CONFIRMAÇÃO.

- A restrição contratualmente estabelecida entre o loteador e os proprietários de lotes situados em determinadas partes de um bairro é válida quando existe a inscrição no registro imobiliário e todos a ela aderiram.
- A circunstância de a Municipalidade haver concedido a licença para construir não imuniza o proprietário do direito de continuar observando a regra convencionada com o loteador. Precedente do STJ.

Nunciação de obra nova - Embargo de obra - Demora no ajuizamento da ação - Obra já em fase relevante - Unidades alienadas - Funcionários e Empreiteiras contratadas - Paralisação que acarretará ônus econômico e social - Periculum in mora existente em prol da Construtora e não em face da Associação de Moradores - Restrições, ademais, duvidosas, seja pela falta de aprovação pelo Município, seja pela situação do lote em outro imóvel, no zoneamento urbano - Alvará de Construção concedido em setembro de 2010 - Início das obras - Ação ajuizada apenas em dezembro de 2011 - Existência de dano inverso - Embargo cassado - Recurso provido.

1. Se a ação de Nunciação de obra nova, visando o Embargo liminar de obra de grande vulto, poderia ter sido ajuizada em tempo hábil, evitando maiores prejuízos e se a demora no ajuizamento da ação, proposta mais de um ano após a outorga do alvará de construção e do início das obras, é imputada à Associação dos moradores, que providenciou a ação quando a obra já estava em fase relevante, muitos meses após o lançamento e venda do empreendimento, com todas as Unidades alienadas, além de Funcionários e Empreiteiras contratadas, conclui-se que a paralisação da obra não deve ser deferida em tais circunstâncias, o que acarretará ônus econômico e social, que se reflete em inúmeros envolvidos.

2. Existindo o maior Periculum in mora em face da Construtora e dos adquirentes e não em face da Associação de Moradores, não há que se falar em antecipação de tutela. Sendo as Restrições convencionais lançadas no Regulamento do Bairro, ademais, duvidosas, seja pela falta de aprovação pelo Município, seja pela aparente situação do lote em outro bairro, como consta no zoneamento urbano e no mapeamento municipal, IPTU e Documento de Informação Básica, conclui-se pela existência de dano inverso, o que impõe que seja o Embargo cassado, para possibilitar o prosseguimento da obra, impondo-se a discussão sob a mais amplo contraditório e mediante maior dilação probatória.

(TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.11.328802-1/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 1ª câmara cível, julgamento em 05/06/2012)

Portanto, para licenciar a construção num loteamento a Municipalidade deve atentar para o art. 26, inciso VII, da Lei nº 6.766/1979 e aos valores constitucionais, como foi exposto. Do contrário, a referida licença estará viciada e o servidor público que a expediu agirá com desvio de poder ou de finalidade por três razões: primeira, por vício de legalidade, na desatenção as diretrizes objetivas estabelecidas pela norma que a rege; segunda, por vício de legitimidade, no não emprego dos princípios fundamentais que regem a moral administrativa e a proteção do interesse público; e terceira, por vício de competência, o servidor público detém competência para licenciar construções, não para desconstituir, por meio de ato administrativo, restrições convencionais recepcionadas em lei federal. Cabendo, certamente, ao Judiciário examinar tais atos para afastar esses vícios, como bem afirma Pietro (2009, p. 744): “Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade”.

3.1 O caso do loteamento “City Lapa”

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou num caso emblemático que retrata muito bem o papel das restrições convencionais urbanísticas no loteamento e na cidade, como também, a sua relação com as leis urbanísticas, por isso nos ocuparemos, não apenas em apresentar sua ementa, mas analisar o seu contexto fático-probatório:

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 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.

5. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII). Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição).

6. Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

7. Negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa).

8. As cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego.

9. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas.

10. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

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.

12. Além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p. ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

13. O ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arripio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.

14. A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa.

15. Irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé. Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe? *nemo dat quod non habet*.

16. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidiioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns.

17. Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente.

18. O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

19. Recurso Especial não provido por maioria. (STJ, REsp 302.906/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26/08/2010).

Iniciando com uma concisa apresentação histórica do bairro "City Lapa", o projeto de seu loteamento foi inspirado a partir de uma necessária relação entre espaço verde e o construído, já que seu projetista, o urbanista inglês Barry Parker (1867-1947), seguiu a risca os primados da Escola inglesa das Cidades-jardins, cujo precursor foi Ebenezer Howard (1850-1928)²⁷. A loteadora, a Companhia City²⁸, criada em 1912,

²⁷ "Howard nasceu em Londres e passou alguns anos nos Estados Unidos. Em 1876, ao voltar para sua cidade natal, ingressou nos movimentos dos utopistas (Robert Owen) e reformadores sociais. Em 1898, publicou seu livro mais importante: *To-morrow: A peaceful path to real reform*, que foi reeditado em 1902 e ficou famoso com o título *Garden cities of to-morrow*.

[...]

aportou em São Paulo e passou a comprar terrenos em áreas que hoje estão o Pacaembu, o Alto da Lapa, o Alto de Pinheiros, a Vila Romana, o Jardim América, o Jardim Europa, o Jardim Paulistano. Em 1913, iniciou nessas áreas as obras do loteamento e prosseguiu até 1929. Visando concretizar o conceito de bairro-jardim, a Cia. City estabeleceu restrições urbanísticas convencionais rigorosas para os loteamentos, consideradas inovadoras à época, que limitavam o uso do solo e o direito de construir²⁹, com o seguinte teor:

Não é permitida a construção de prédio para habitação coletiva nos Imóveis localizados no Bairro Bela Aliança, na Rua Jataí, nº 298, 320 e 324 e Rua Princesa Leopoldina, nº 22, correspondentes, respectivamente, aos lotes de terrenos nº 04, 03 e 02, da Quadra 02, e lote nº 13 da Quadra 30, uma vez que respectivo lotes estão sujeitos às restrições contratuais constantes no 'Contrato Typo de Compromisso de Venda de Lotes', depositado junto ao 5º Cartório de Registro de Imóveis da Capital, juntamente com o memorial e plantas do loteamento, o que se deflui do disposto na alínea 'a', da Cláusula 8ª do referido contrato, que assim dispõe: 'a) no lote comprometido não será construída mais de uma casa que, com as respectivas dependências, se destinar exclusivamente à moradia de uma única família e seus criados, não sendo permitida a construção de prédio para habitação coletiva.

Este tipo de bairro tem impactado a grande São Paulo, principalmente pelo diferencial de calor que apresentam em relação às altas temperaturas das demais zonas da cidade, em função da irradiação de calor causada pela massa edificada, pela pavimentação do solo e a ausência de vegetação. Assim, a defesa da qualidade ambiental destes bairros não tem importância somente onde ele está, mas para toda a cidade, por introduzir nela, graças à massa arbórea neles existente, uma mediação climática. Essa importância urbanística-ambiental, histórica e cultural levou o Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo, através da Resolução nº 03/2009, a tombar o bairro City Lapa³⁰.

Howord partia de uma tese simples, reunido em um conceito – o de “ímã” – todos os fatores que funcionavam como força de atração das população para os centros urbanos, contrapondo os fatores que julgava mais fracos (do ponto de vista de atração) do campo. Para solucionar os problemas urbanos da época, pretendia descongestionar e sanear as cidades, criando um terceiro pólo de atração (ímã), para seduzir as populações a procurar seu novo “modelo urbano” [...] (FREITAG, 2006, p.78-79).

²⁸ City of São Paulo Improvements and Freehold Land Company Limited.

²⁹ Como controle de gabarito, afastamentos laterais, recuos de fundo e de frente, e natureza da ocupação.

Para assegurar o uso estritamente residencial unifamiliar, a limitação da área ocupada nos lotes pelas respectivas

edificações, preservando neles – como nas calçadas e canteiros centrais – amplas superfícies permeáveis, ajardinadas e arborizadas, limitação da altura e área construída, de modo a instituir um padrão urbano dominante de horizontalidade e densidade baixa, permeado por abundante vegetação arbórea.

³⁰ Notícia disponível em:

<<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/cultura/conpresp/noticias/?p=6863>>

Em agosto de 1995, a “Associação de Amigos e Moradores pela Preservação do Alto da Lapa e Bela Aliança” tomou conhecimento da venda para uma Construtora de uma casa localizada na Rua Princesa Leopoldina, nº 207, correspondente ao lote 13 da quadra 30 do loteamento “Alto da Lapa”, e em seguida, oficiou ao Secretário da Habitação da Prefeitura que havia concretamente um estudo de viabilidade econômica de incorporação e construção no local de um “prédio de habitação coletiva”. Também, simultaneamente, notificaram o Oficial do Cartório de Registro de Imóveis do mesmo fato.

Contudo, em janeiro de 1996, a construtora iniciou a obra, instalando equipamentos de “bate-estacas” e introduzindo caminhões para escavação do terreno, fazendo a mencionada associação ajuizar uma Ação de Nunciação de Obra Nova, cuja liminar de embargo foi deferida em dezembro de 1996, quando nem mesmo o piso térreo do edifício estava concluído, e o “Movimento Defesa São Paulo” ajuizar Ação Civil Pública em outubro de 1996. Em janeiro de 1997 a obra já contava com cinco andares concluídos e um sexto em construção. Em dezembro de 1997, a construtora pediu autorização para a realização de obras de manutenção, a fim de evitar desmoronamento da obra. Em fevereiro de 1998, a construtora reitera o pedido sob o fundamento de que o edifício se encontrava na última laje de construção e necessitava continuar a obra.

Na história deste processo, merece destaque o cotejo analítico de alguns precedentes feito pelo Relator, o Ministro Herman Benjamin, notadamente, os Recursos Especiais nº 289.093/SP e nº 1.011.581/RS, no sentido de afastar similitude fática da tese jurídica, nos seguintes termos: no Recurso Especial nº 289.093/SP, questionava-se o recuo e a taxa de ocupação para construção de imóvel na Avenida Brasil em São Paulo³¹, onde uma lei municipal específica alterou as restrições convencionais que incidiam o não-uso pelos vizinhos e pela municipalidade, descaracterizando no decorrer do tempo sua feição de residencial para comercial, autorizando a não aplicação das restrições convencionais; no Recurso Especial nº 1.011.581/RS, restringiu-se discutir a validade da licença de construção concedida em cidade sem Plano Diretor nem elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e não de restrições urbanísticas convencionais.

³¹ E não a restrição de gabarito e o tipo de uso para construir um espigão.

As decisões de 1º e 2º graus do Tribunal de Justiça mantiveram a liminar e determinaram a demolição da construção, o processo chegou ao Superior Tribunal de Justiça em fevereiro de 2001 pelo Recurso Especial nº 302.906/SP, seu julgamento, mantendo as decisões do Tribunal de Justiça, ocorreu em agosto de 2010 e somente em maio de 2013 a decisão foi plenamente cumprida, dezoito anos depois do fato.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo no Brasil parcelou-se o solo urbano sem um disciplinamento adequado. A Lei nº 6.766, que entrou em vigor apenas em 1979, trouxe para o loteamento um conjunto de normas de observância obrigatória do loteador, dos adquirentes dos lotes e do Poder Público, como uma pré-conformação a fim de que o loteamento seja considerado regular. No ordenamento jurídico ela não está sozinha na regulação urbanística, além de outras leis federais, estaduais e municipais, há a decisiva influência valorativa e principiológica da Constituição Federal na aplicação e interpretação de seus dispositivos.

Deste conjunto normativo, sob o pálio da concretização da função social da propriedade, extraem-se as limitações administrativas urbanísticas e as restrições de vizinhança ao direito de construir no loteamento, e destas há aquelas previstas em lei federal e as que são estabelecidas pelo loteador no projeto de loteamento. Estas restrições convencionais podem fixar a natureza das construções admitidas, assim como altura, o recuo, o afastamento, o tipo de edificações e o que mais convier aos confrontantes e ao loteamento.

Num confronto entre as leis urbanísticas e as restrições convencionais há de se considerar que o conteúdo destas não pode tutelar regras e valores inadmitidos pelo ordenamento jurídico, devendo com este estar compatível. Em relação às restrições previstas na lei urbanística, a restrição convencional é supletiva, ou seja, pode ser usada para agravar as restrições legais existentes ou de fazer existir uma restrição urbanística quando não houver a restrição legal.

Assim, prevalece a norma urbanística mais restritiva que tutele a promoção da sustentabilidade ambiental, do meio ambiente equilibrado, dos espaços verdes e da massificação arbórea no loteamento, não apenas por ser um direito fundamental de terceira geração³², mas porque o loteamento está no espaço urbano - já tão exaustiva e

³² “Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinação o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao

exponencialmente degradado, voltado para a verticalização da moradia, congestionado com veículos particulares e poluído – impondo a uma justa medida do uso dos bens ambientais nele contidos, que na grande maioria das vezes não consegue ser adequadamente resguardado através dos instrumentos jurídicos tradicionais disponíveis.

Portanto, não pode o Poder Público afrouxar restrições convencionais urbanísticas com esse conteúdo. A manutenção de suas estipulações, assentadas no consensualismo e na realização de benefícios mútuos por meio de cooperação, favorece os moradores do bairro e de toda cidade, dando concretude a função socioambiental da propriedade, obrigando o proprietário e ao Poder Público a um comportamento ativo, que envolve defender, reparar e preservar o meio ambiente, não lhe autorizando exercer o seu direito de forma contrária aos interesses intergeracionais, causando danos à qualidade de vida e ao próprio direito fundamental à vida³³.

Não se pode admitir que restrições convencionais urbanísticas que quando criadas visavam à proteção do meio ambiente, valor prestigiado pela Constituição Federal, possam ser mitigadas ou canceladas pela vontade circunstancial de um governo ou pelas “intenções” dos especuladores imobiliários, descartando uma conquista que levou anos para ser implementada plenamente no loteamento. Isto é negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso, é admitir que o poder público, mesmo estando vinculado às normas constitucionais em geral, possa livremente decidir, mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do constituinte, frustrando a efetividade constitucional.

O Judiciário deve, a partir de uma hermenêutica ambiental, interpretar o art. 26, inciso VII, da Lei nº 6.766/1979 a luz do art. 225, *caput*, da Constituição, para afastar leis que desprestigie a preservação ambiental. Os tribunais estaduais, principalmente o de São Paulo, têm enfrentado os casos nestes termos. E em 2010, no caso do bairro “City Lapa”, em respeito ao princípio da não regressão ambiental do conceito implantado de bairro-jardim, o Superior Tribunal de Justiça anulou uma licença de

desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade” (BONAVIDES, 1999, p. 523).

³³ “O mínimo necessário a existência constitui um direito fundamental, posto que sem ele cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo” (TORRES, 1990, p. 69). Para Ferraz (2009, p. 75) o mínimo existencial ecológico “impõe ao Poder Público e à coletividade a necessidade de respeitar o espaço vital mínimo necessário para a garantia de um meio ambiente equilibrado e essencial para sadia qualidade de vida”.

construção, determinando a demolição de um prédio de morada coletiva (um espigão de nove andares) e a prevalência da restrição convencional do loteamento, que na época do seu registro imobiliário já era vanguardista, por ser concebida com as lições da Escola inglesa das Cidades-jardins, e que, mesmo antes do tombamento do referido bairro, representa para a cidade de São Paulo, um instrumento real de concretização da função socioambiental da propriedade.

Não há como negar que existe um processo de produção do espaço urbano com formas, conteúdos e representações que se inserem em múltiplos níveis de investigação numa relação tempo e espaço, como explica Salgueiro (2003, p.100) “cada época tem um modo específico de experiência do espaço e do tempo e produz tempos (temporalidades) e espaços (espacialidades) não integrados, porque o tempo mantém vários ritmos e os espaços vários atributos”. Portanto, não se pode admitir a substituição do meio ambiente equilibrado nas cidades pela predominância da produção econômica do espaço urbano pela especulação imobiliária, impelida pela economia de velocidade, propagadora da instantaneidade, do efêmero e da obsolescência, valorizando certas áreas à custa da desvalorização de outras.

REFERÊNCIAS:

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 8.ed. Rio de Janeiro: 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Restrições convencionais de loteamento – obrigações propter rem e suas condições de persistência**. Revista dos tribunais, v. 741, julho de 1997, pp. 115-122.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade privada constitucional, políticas públicas ambientais e fundamentalidade**. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 55-72.

_____. **Função ambiental da cidade, Plano Diretor e validade das normas urbanísticas**. In: MOTA, Maurício (coord.). Função social do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 173-194.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **O direito de vizinhança**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

FERRAZ, Pedro Campany. **Hermenêutica do ambiente**. In: MOTA, Maurício (coord.). Função social do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 69-89.
TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. Revista de direito da procuradoria geral. Vol.42. Rio de Janeiro, 1990, pp. 69-78.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. São Paulo: Atlas, 2010.

FREITAG, Bárbara. **Teorias da cidade**. Campinas: Papyrus, 2006.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRECHI, Frederico Price. **O meio ambiente artificial (urbano): elementos comuns para um diálogo coordenado entre o direito ambiental e o direito urbanístico**. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 73-94.

KOJRANSKI, Nelson. **Restrições convencionais e legais do loteamento**. In: AMORIN, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Direito imobiliário: questões contemporâneas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 45-56.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito de construir**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOTA, Maurício. **Função socioambiental da propriedade: a compensação ambiental decorrente do princípio do usuário pagador na nova interpretação do Supremo Tribunal Federal**. In: MOTA, Maurício (coord.). Função social do direito ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, pp. 3-68.

MUKAI, Toshio. **Direito urbano e ambiental**. 4.ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009

Revista eletrônica da jurisprudência. Brasília: **Superior Tribunal de Justiça**, atualizada em 11 de setembro de 2013. Acesso em 13 de junho de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100140947&dt_publicacao=01/12/2010>.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. **Uma cidade para todos**. In: GARCIA, Maria. A cidade e seu estatuto. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, pp. 165-204.

SALGUEIRO, Teresa Barata. **Espacialidade e temporalidade urbanas**. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; LEMOS, Amália Inês Geraiges. Dilemas urbanos: novas abordagens sobre a cidade. São Paulo: Contexto, 2003, pp. 99-104.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto856.rtf> acesso em 09 de setembro de 2013, pp.1-36, 2005.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHREIBER, Anderson, **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Disponível em:

<http://www.andersonschreiber.com.br/Anderson_Schreiber/Artigos_files/Schreiber%20-%20Propriedade.pdf>. Acesso em 14/09/2012, pp. 1-30>.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo I. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WERNECK, Augusto. **Direito administrativo, direito constitucional e direito ambiental: uma visão interdisciplinar cada vez mais necessária – o princípio constitucional de proteção ao meio ambiente e sua observância no direito administrativo**. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 13-28.

ZAVASCKI, Teori Albino. **A tutela da posse na Constituição e no Novo Código Civil**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 5, p. 50-61, jan./jun. 2005.