

Nota Técnica sobre a PEC 80/2019 - Retrocesso na Política Urbana Brasileira

**Ordem dos Advogados do Brasil
Instituto de Arquitetos do Brasil
Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico**

A Proposta de Emenda Constitucional nº 80/2019, de autoria coletiva liderada pelo Senador Flávio Bolsonaro, padece de inconstitucionalidades flagrantes, não obstante os riscos estruturais para o desenvolvimento econômico e social, que passam a ser analisadas pontualmente, considerando os seguintes aspectos:

1. Desconsideração do Plano Diretor como instrumento básico da Política de Desenvolvimento Urbano
2. Supressão da autoexecutoriedade dos atos de poder de polícia administrativa municipal no que diz respeito ao cumprimento da Função Social da Propriedade e violação do princípio da separação dos poderes
3. Previsão de pagamento de indenização com valores de mercado para propriedades que não atendam a sua função social, premiando um comportamento inconstitucional.
4. Motivações incompatíveis com o princípio constitucional da função social da propriedade e outros direitos e garantias individuais.

As conclusões desta nota técnica demonstram que a PEC 80/90 descaracteriza a Política Urbana preconizada pelo constituinte originário; viola as competências federativas, o princípio da separação dos poderes e os direitos individuais, estes, ademais, cláusula pétrea, não passíveis de supressão ou enfraquecimento, além de apresentar motivações injustificadas e descabidas. Igualmente afronta os fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º da Constituição) e seus objetivos fundamentais (artigo 3º). Assim, entendemos que a PEC 80/90 padece de insanável inconstitucionalidade e não merece prosperar.

Passamos a desenvolver cada um dos tópicos acima arrolados.

1. Desconsideração do Plano Diretor como instrumento básico da Política de Desenvolvimento Urbano.

O artigo 182 da Constituição Federal, em seu § 1º estabelece que "O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana." Tal redação, não alterada pela PEC ora analisada, alça o Plano Diretor à condição de lei municipal estruturante da política urbana a ser executada pelo ente municipal, com caráter vinculante para os particulares.

Já o § 2º do mesmo artigo outorga ao Plano Diretor a tarefa de estabelecer como as propriedades imobiliárias urbanas atendem à função social a qual estão obrigadas. A redação atual de tal dispositivo preconiza: § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Ora, fica claro que o plano diretor pode estabelecer um variado leque de regras para fins de atendimento da função social da propriedade dos imóveis urbanos, podendo estas regras serem relacionadas ao zoneamento, ao regime urbanístico estabelecido para a região, aos critérios de aproveitamento mínimo do terreno, à utilização, bem como à incidência de instrumentos específicos previstos em lei municipal, com base no plano diretor¹. Isto se dá pelo exercício constitucional de suas competências legislativas e do poder de polícia administrativo municipal, que lhe dão legitimidade para estabelecer o regramento jurídico do uso e ocupação do solo no território municipal. Se assim não fosse, não haveria ordem urbanística ou ambiental a ser considerada nos municípios, que ficariam à deriva e sem qualquer regramento jurídico que lhes pautasse as atividades e usos urbanos.

A redação constitucional não dá alternativas ao proprietário, deixando ao seu alvedrio a decisão sobre quais regras pretende cumprir. Tratando-se o plano diretor de uma lei municipal, tal constatação é óbvia: o regime é vinculante para os particulares e para o Poder Público, já que nosso modelo de plano diretor é rígido e não discricionário e flexível como o que vige em alguns países europeus².

Pois bem, apenas em face de tal traço VINCULANTE atribuído constitucionalmente ao plano diretor, já haveria uma inconstitucionalidade na proposta de emenda constitucional ora analisada, que sugere, no dispositivo abaixo transcrito, que o proprietário possa ALTERNATIVAMENTE, atender

"ao menos uma das seguintes exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor:

- I - parcelamento ou edificação adequados;
- II - aproveitamento compatível com sua finalidade;
- III - preservação do meio ambiente ou do patrimônio histórico, artístico, cultural ou paisagístico."

O princípio da função social da propriedade, como garantia de que o direito da propriedade urbana tenha uma destinação social, deve justamente ser o parâmetro para identificar que funções a propriedade deve ter para que atenda às necessidades sociais existentes nas cidades. Função esta, que deve condicionar a necessidade e o interesse da pessoa proprietária com as demandas, necessidades e interesses sociais da coletividade, que assim forem determinadas na Lei do Plano Diretor Municipal.

É evidente que o proprietário DEVE observar as regras do plano diretor em todos esses casos, e tanto o parcelamento, quanto a edificação, quanto o aproveitamento (utilização) do imóvel são "adequados" e "compatíveis com sua finalidade", quando observam o que diz o plano diretor. O mesmo vale para o dever de preservar o meio ambiente e o patrimônio histórico, já que ambos são valores constitucionais tutelados

¹ É o caso do parcelamento ou edificação compulsórios e do direito de preempção, a fim de exemplificar.

² Ver, a propósito, a classificação de Planos diretores proposta por GARCIA BELLIDO, Javier - *Análise comparativa de diferentes modelos urbanísticos europeus e americanos* in ABRAMO, Pedro (Org.). *Cidades em transformação: entre o plano e o mercado – experiências internacionais de gestão do solo urbano*. Rio de Janeiro: OIPSOLO/IPPUR, 2001.

nos artigos 225 e 216, respectivamente. Não há a menor possibilidade de o constituinte ter dado ao proprietário a *alternativa* de decidir quais regras constitucionais a respeito do tema quer observar, e menos ainda que ele possa escolher alguns temas para observar o plano diretor, tendo liberdade para manter comportamento incompatível com o Plano Diretor em outros aspectos. Não seria possível, dessa forma, garantir o atendimento dos objetivos da política urbana de segurança e bem-estar dos cidadãos, previstos no próprio artigo 182, caput. Flagra-se a inconstitucionalidade apenas com essa superficial análise do dispositivo ora examinado e que pretende alterar o art. 182 da CF/88.

2 . Supressão da autoexecutoriedade dos atos de poder de polícia administrativa municipal no que diz respeito ao cumprimento da Função Social da Propriedade e violação do princípio da separação dos poderes.

A PEC propõe a seguinte redação ao §5º do artigo 182:

§ 5º O descumprimento da função social de que trata o § 2º somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial.

Tal dispositivo fere, em primeiro lugar, o princípio da separação dos poderes, bem como a autonomia do Poder Executivo no exercício de suas competências constitucionalmente atribuídas. A separação dos poderes é, tal como o princípio federativo e os direitos individuais, uma cláusula pétrea e consta dos artigos 2º da Constituição Federal e 60, §4º, inciso III, da Constituição. Pela arquitetura política consagrada pela Constituição, cada um dos poderes exerce uma parcela do poder soberano do Estado e pode rechaçar a interferência de outro no livre exercício de suas competências, sendo que a Constituição veda a análise de qualquer emenda constitucional, como a aqui examinada, que vulnerabilize a separação dos poderes. E tal vulnerabilidade significa, como estabelecido pelo constituinte originário no mesmo §4º, a vedação de que sequer se debatam proposições como que tais, ou seja, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir “ os princípios, direitos fundamentais e garantias que elenca.

Em segundo lugar, o dispositivo em comento descaracteriza a forma como o exercício do poder de polícia administrativa é tratado pela totalidade da Doutrina Nacional de Direito Administrativo. Sendo concebido, tradicionalmente, como a prerrogativa que tem a Administração Pública de frear o exercício abusivo de um direito individual, especialmente quando ameaçando direitos coletivos, o interesse público, a dignidade da pessoa humana ou a Democracia, o Poder de Polícia tem como uma de suas características clássicas a AUTOEXECUTORIEDADE. Não faltam instrumentos, garantias e remédios constitucionais vocacionados a refrear e anular abusos praticados, eventualmente, pela administração pública.

Ora: sendo o ente municipal responsável pela execução da política urbana e tendo esta por objetivos, segundo o artigo 182 da Constituição Federal ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade, é evidente que ao fiscalizar o cumprimento da função social da propriedade urbana o município exerce PODER DE POLÍCIA, a fim de evitar o exercício abusivo do direito de propriedade. É inconcebível que para exercer seu mister, já constitucionalmente atribuído, o Poder Executivo dependa de prévia autorização legislativa ou de decisão judicial. Tal regra é uma excrescência jurídica, pois além de violar a separação dos poderes, como analisado supra, esvazia a competência municipal de buscar garantir o cumprimento

da função social da propriedade, retirando-lhe a autoexecutoriedade própria de tal atribuição. A análise deste aspecto, portanto, fulmina o dispositivo em comento de inconstitucionalidade.

Neste tópico, no entanto, cabe ainda salientar que a proposta também desarticula a forma como se organizam as competências dos entes da Federação em matéria de política urbana, na medida em que dificulta ao município o cumprimento de suas competências materiais em relação à matéria. Cumpre lembrar que que o conteúdo da função social da propriedade e da cidade se orientam, também, pela competência municipal exclusiva em matéria de direito urbanístico expressa no art. 30, VIII, CF, que estabelece ser o município competente para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, o que caracteriza competência formal e material municipal sobre a política urbana.

3. Previsão de pagamento de indenização com valores de mercado para propriedades que não atendam a sua função social, premiando um comportamento inconstitucional.

No que diz respeito ao texto proposto pela PEC, resta analisar o seguinte dispositivo:

§ 6º A desapropriação por descumprimento da função social será feita pelo valor de mercado da propriedade urbana.

Tal redação não resiste à checagem do tratamento dado ao instituto da desapropriação pelo artigo 5º da Constituição Federal, a saber:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Ao estabelecer a forma de indenização paga ao proprietário de um imóvel desapropriado pelo estado, a redação deste dispositivo tem duas partes:

(i) na primeira parte estabelece que aquelas desapropriações por necessidade pública, utilidade pública ou interesse social terão uma indenização justa, prévia e em dinheiro. Esta parte se refere às propriedades que atendem à função social inerente ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, conforme interpretação conjunta dos incisos XXII e XXIII da Constituição. Nestes casos, como se vê, o Constituinte autorizou o pagamento da indenização em valores de mercado, como se infere da expressão "justa", segundo entendimento majoritário da Doutrina Nacional.

(ii) na segunda parte do inciso, já "*in fine*", o constituinte estabeleceu uma exceção à regra geral sobre a indenização, quando disse "ressalvados os casos previstos nesta Constituição". Esta parte do inciso se refere às *desapropriações-sanção*, nos casos em que o proprietário não atende à função social da propriedade do imóvel. Os casos previstos na Constituição são a desapropriação sanção para fins de reforma urbana (artigo 182, §4º), a desapropriação sanção para fins de reforma agrária (artigo 184) e a expropriação sem qualquer indenização nos casos em que o proprietário planta psicotrópicos ou mantém trabalho escravo em gleba de sua propriedade (artigo 243).

Quando o constituinte ressaltou, no artigo 5º, XXIV, estes casos, eliminou a possibilidade de a indenização ser feita de forma prévia, justa e em dinheiro, pois o objetivo do constituinte foi justamente o de dar consequência ao princípio da função

social da propriedade e punir o comportamento antijurídico do proprietário, tanto de imóveis urbanos quanto rurais.

No caso da desapropriação sanção para fins de reforma urbana, o Estatuto da Cidade, ao regulamentar a matéria conforme o objetivo constitucional, estabeleceu que a indenização não será prévia (o pagamento terá prazo de resgate de 10 anos), não será em dinheiro (será em títulos da dívida pública previamente aprovados pelo Senado Federal, e também não será "justa", ou seja NÃO SERÁ EM VALOR DE MERCADO, mas , conforme artigo 8º:

(...)

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

(...)

Tal dispositivo, aliás, além de ser coerente com a sistemática constitucional que pune o comportamento negligente do proprietário que não atende a função social da propriedade, está de acordo com as diretrizes estabelecidas para a Política Urbana no artigo 2º do Estatuto da Cidade, que estabelece, *in verbis*, no inciso XI, a seguinte diretriz a ser observada pelos municípios:

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

Resta claro, do exposto, que a PEC 80/2019 propõe forma de pagamento da indenização de imóvel urbano que cumpre a função social, em total desacordo com as regras constitucionais e com a legislação regulamentadora da matéria, o Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/01); em suma, equipara a desapropriação-sanção justamente com aquilo que constituinte originário buscou desequiparar, a desapropriação com justa e prévia indenização em dinheiro, não merecendo prosperar.

4. Motivações incompatíveis com o princípio constitucional da função social da propriedade

Cabe uma última observação nesta nota técnica, acerca das justificativas que acompanham a PEC. Vejamos:

O proponente menciona que é objetivo da PEC “alterar os artigos 182 e 186 da Magna Carta de 1988 para *definir de forma mais precisa* a função social da propriedade urbana e rural e os casos de desapropriação pelo seu descumprimento” (grifo nosso). Conforme já explicitado no item 1 nesta Nota Técnica, cabe ao Poder Executivo Municipal a definição das condições jurídicas, urbanísticas e socioambientais para o cumprimento da função social da propriedade, uma vez que cabe a este ente federativo dispor sobre o ordenamento territorial, o uso e ocupação do solo e o plano diretor. Neste ponto, não pode ser considerada justificável a alteração proposta, uma vez que, flagrantemente fere o pacto federativo e as competências dele decorrentes, fraturando a política urbana constitucionalmente estabelecida.

O proponente menciona, ainda, ser a propriedade um "*bem sagrado*", revelando uma visão atrasada em, no mínimo, um século a respeito de tal direito. O princípio da função social da propriedade na forma como previsto, hoje, na Constituição, é reflexo de décadas de aperfeiçoamento legislativo e doutrinário a respeito do tema, que está previsto nas Constituições brasileiras desde à década de 1930, e representa o básico, no que diz respeito ao reconhecimento do processo civilizatório que tem o *urbanismo* como elemento orientador da ordenação do uso e ocupação do solo nas cidades, portanto, da realização da política urbana. No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, que teve início na segunda década do século XX, não há mais lugar para o estudo do direito de propriedade e de sua função social apenas no âmbito do direito privado. Hoje, a propriedade privada e suas funções econômica e social encontram-se regulamentadas, de um lado, pelos princípios de direito individual e subjetivo e, de outro, por princípios constitucionais da ordem econômica vinculados ao interesse público.

Finalmente, em apertada e injustificada síntese, conclui a motivação da PEC *in verbis* "como a *relativização do direito à propriedade privada* deve ser feita com cautela a fim de evitar *arbitrariedades, abusos ou erros de avaliação* pelo Poder Público nos processos de desapropriação fundamentados na simples justificativa de se estar agindo em atenção ao interesse social" (grifo nosso). Neste particular, igualmente carece de fundamento a motivação.

A Constituição Federal **alça o direito de propriedade e a função social da propriedade no mesmo *status* constitucional**, dispondo-os no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5^º), e isso abarca todo tipo de propriedade, móvel ou imóvel, tangível ou intangível, ações, marcas e patentes - lembrando as de medicamentos. Não há "relativização" do direito de propriedade quando este é limitado por deveres e obrigações determinados por lei. Tanto é assim, que, acertadamente, o Código Civil brasileiro de 2002 passa a incorporar a função social da propriedade no núcleo conceitual da definição de *propriedade*.

Da mesma forma cabe ressaltar, que todo processo de elaboração do plano diretor deve ser pautado pela participação social e transparência de ações e propostas, nos termos do Estatuto da Cidade, por meio de obrigatórias audiências públicas (Lei Federal n. 10.257/01, art. 39 § 4^º). Ou seja: como aventar a "arbitrariedade, abusos" se a definição dos pressupostos de cumprimento da função social da propriedade consta na LEI do Plano Diretor, sendo devida sua transparência e ampla publicidade, tanto na fase de proposição pelo Executivo Municipal como na fase de aprovação pela Câmara Municipal?

Assim, o princípio da função social da propriedade justamente faz cair por terra a concepção liberal do direito de propriedade como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo, concepções adotadas em séculos passados. É evidente que tal mirada sobre o direito de propriedade, em pleno 2019, viola o princípio da proibição do retrocesso, merecendo total desaprovação do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Os agentes econômicos mais esclarecidos e dinâmicos só têm a defender o combate ao uso especulativo da propriedade. Ele impede a circulação de bens e de serviços, e, portanto, são contraproducentes e perniciosos a qualquer política de desenvolvimento,



ainda mais quando se torna urgente integrar, de maneira socialmente justa, tantas parcelas da população brasileira.

Espera-se que o Congresso Nacional esteja à altura dos desafios do momento presente e não permita a aprovação de proposição tão claramente inconstitucional e retrógrada, sendo ainda, não condizente com os sistemas jurídicos constitucionais mais modernos e avançados.

Conselho Federal da OAB

Comissão Especial de Direito Urbanístico do Conselho Federal da OAB

Instituto de Arquitetos do Brasil

Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico