

O PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Professor Emérito na Universidade Federal
do Rio de Janeiro e na Universidade Federal
de Minas Gerais

SUMÁRIO: 1. O direito de propriedade e sua linha de evolução. 2. Extensão tradicional do domínio. 3. Restrições a benefício do maior número. 4. A problemática da ocupação urbana. 5. O parcelamento do solo e sua regulamentação. 6. O Projeto de lei que disciplina o uso do solo urbano. 7. Aspectos constitucionais deste Projeto de lei. 8. Competência legislativa da União e os poderes implícitos. 9. Garantia constitucional da propriedade. 10. Diretrizes do desenvolvimento urbano. 11. Atentado à autonomia dos Estados e Municípios. 12. Invalidação de todo o Projeto. 13. A "Emenda Figueiredo" como tentativa de contornar a inconstitucionalidade do Projeto. 14. A ordem econômica e social e os inconvenientes de um parcelamento do solo desatento às necessidades de promover o equilíbrio entre as forças básicas da economia brasileira.

1. *O Direito de Propriedade e sua Linha de Evolução*

Em exposição sistemática na minha obra doutrinária, em obras de cunho monográfico, em palestras e conferências, em trabalhos esparsos, tenho voltado, várias vezes, as minhas vistas para o direito de propriedade, nos planos sociológico, histórico e dogmático. Sem que com isto manifeste o prazer de citar-me a mim mesmo, porém no dever de fixar a minha posição nesta questão polêmica do "parcelamento do solo urbano", não posso omitir a referência que ao assunto fiz, em alguns destes estudos: "*O Direito de Propriedade e sua Evolução*", in *Revista Forense*, vol. 152, págs. 7 e segs., "*Propriedade Horizontal*", n.ºs 1 e segs.; "*Condomínio e Incorporações*", págs. 17 e segs.; "*Crítica ao Anteprojeto de Código Civil*" de 1972, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, n.º 20, págs. 62 e segs.; "*Tendências atuais do Direito Civil*", in *Revista Forense*, vol. 247, pág. 66; "*Instituições de Direito Civil*", vol. IV, n.ºs 298 e segs.; "*Evolução do Direito de Propriedade*", in *Revista Tabulae*, n.º 11, págs. 215 e segs.

Quem acompanha o desenvolvimento do direito de propriedade, em pesquisa histórica ou vertical, e em pesquisa comparatista ou

horizontal, não deixa de observar e assinalar as transformações por que a instituição tem passado através dos tempos e no balanceamento das concepções políticas, sociais e econômicas. Não cabe, obviamente, nos limites desta exposição, deter-me sobre cada uma de suas fases, desde a propriedade coletiva e familiar primitiva ao conceito individualista do *ius quiritium* do Direito Romano; falar do deslocamento do fulcro que se enraizava no poder político atribuído à propriedade no direito feudal para a noção democrática predominante na Revolução Francesa e que se exprimiu na orientação dominante no Código Napoleão, a todos os títulos cognominado o “Código da Propriedade”; discorrer das mutações advindas da implantação do regime soviético e sua projeção nos sistemas jurídicos que em torno dele gravitam; estender-me sobre a sobrevivência jusromanista predominante nos Códigos do século passado e do começo deste século, a que não fugiu o nosso Código Civil de 1916; recordar o nascimento da propriedade empresária, com a concentração dominial em entidades poderosíssimas, e a utilização usufrutuária pela percepção de um rédito sob a forma de dividendos periódicos. Tudo isto já foi objeto de minhas cogitações anteriores, notadamente nos trabalhos a que acabo de me referir.

2. *Extensão Tradicional do Domínio*

Para colocação do tema que é objeto deste estudo, situo-me na mutação do conceito dominial no Direito Brasileiro.

O “direito de propriedade”, posto que não definido diretamente no Código Civil de 1916, pode ser conceituado com base no art. 524, como o “direito assegurado a uma pessoa, de usar, fruir e dispor de uma coisa, e reivindicá-la de quem quer que injustamente a detenha”. A sobrevivência romanista está presente, na reunião dos seus atributos na pessoa do titular, tal como o Direito Romano os compreendia — *ius utendi, fruendi et abutendi* (WINDSCHEID, COVIELLO), sem se perder de vista a observação de WINDSCHEID, segundo a qual o *dominium* não resultava de faculdades, senão que representava “*la pienezza del diritto sulla cosa*”, sendo que todas delas “*non sono che estrinsecazione e manifestazione di questa pienezza*” (Pandette, vol. II, § 167).

Concebendo o domínio desta maneira, a que não são estranhas as definições de LAFAYETTE (*Direito das Coisas*, § 24), BEVILAQUA (*Direito das Coisas*, vol. I, § 34), LACERDA DE ALMEIDA (*Direito das Coisas*, vol. I, § 8), TITO FULGENCIO (*Direitos de Vizinhaça*, n.º 1, pág. 7), o Código de 1916, ao enunciar a sua extensão (art. 526), afirmou que a propriedade do solo abrange a do que lhe está supe-

rior e inferior, em toda altura e em toda profundidade, segundo o critério do poder de utilização. Não foi tão radical como os glossadores medievais que o estendiam até às estrelas ou até às profundezas da terra (*qui dominus est soli dominus est usque ad coelos et usque ad Inferos*). Conjugando o critério germânico do *interesse*, (BGB, art. 905), com o suíço da *utilidade* (Código Civil suíço, art. 667), admitiu a projeção vertical da propriedade nos dois sentidos, sem contudo reconhecê-la para além de onde ocorreram imissões que não tenha o proprietário o interesse de impedir. A mesma orientação prevalece no artigo 1.230 do Projeto de Código Civil, aprovado pela Câmara dos Deputados.

Ao extremado individualismo do século passado, que predominou nos Códigos de então, e que o nosso de 1916 herdou, satisfazia tal limitação. Dentro nele concebia-se que o proprietário poderia construir a toda altura, ou escavar a toda profundidade, dentro no seu interesse. Concedia-se-lhe o direito de impedir qualquer obra sobre ou sub o seu solo, inspirado no seu critério utilitário. Poderia ir aonde quisesse, e, reversamente, obstar todo trabalho que, no momento ou no futuro, efetivamente ameaçasse a sua condição jurídica.

Impactos sobre a extensão do direito de propriedade advieram, perfurando aquela concepção tradicional. A exploração do subsolo sofreu a oposição do Código de Minas; a das quedas d'água sucumbiu ao aproveitamento das reservas hidroelétricas; os monumentos, documentos, obras e locais de valor histórico, artístico e paisagístico enfrentaram a regulamentação do DPHAN (substituído pelo SPHAN) e mais tarde da Fundação Pró-Memória (Lei n.º 6.757, de 17.12.79). A utilização limitada do espaço aéreo, submetida ao Código Brasileiro do Ar, recebe acolheita na doutrina moderna (cf. LUDOVICO BARASSI, *Proprietà e Comproprietà*, n.º 135; ENNECERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado, Derecho de Cosas*, vol. I, § 52; OTTO RIESE et JEAN LACOUR, *Précis de Droit Aérien*).

3. Restrições a Benefício do Maior Número

É deste século, e de tempo relativamente recente, a institucionalização das restrições ao direito dominial, sob inspiração de uma concepção mais ampla e de fundamentação mais profunda.

Não cabe adentrar na concepção dominial socialista, inspirada na dialética marxista e subordinada ao materialismo histórico, porque não guarda afinidade com a noção capitalista, predominante nos países de fora da cortina-de-ferro. Uma linha de separação de relativa nitidez as separa e distingue, uma vez que nenhuma delas guarda a sua pureza original.

O que predomina na concepção socialista é a supremacia da propriedade coletiva sobre os bens de produção, com a admissibilidade da propriedade privada sobre os de utilização direta, variando a extensão desta no Direito Soviético, no Direito Chinês, no da Tchecoslováquia, no da Hungria (RENÉ DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, págs. 319 e segs.; ARMINJON, NOLDE et WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, vol. III, págs. 228 e segs.; RENÉ DAVID, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporain*, págs. 157 e segs. e págs. 531 e segs.; RENÉ DAVID et JOHN N. HAZARD, *Le Droit Soviétique*; E. L. JOHNSON, *An Introduction to the Soviet Legal System*; MARCEL GRANET, *La Pensée Chinoise*; JEAN ESCARRA, *Le Droit Chinois et la Jurisprudence Chinoise*, in *Recueil Lambert*, vol. I, págs. 481 e segs.; A. IONASCO, *Le Facteur économique dans l'elaboration du droit civil. Repercussion de la politique économique de la Roumanie sur l'évolution de la législation en matière de propriété et de contrat*, in *Recueil Lambert*, vol. III, págs. 203 e segs.; MARKOVITCH, *Dans quelle mesure pourrait-on recommander une limitation du droit de propriété?* (na Iugoslávia), in *Recueil Lambert*, vol. III, págs. 54 e segs.).

Atenho-me ao mundo capitalista, onde predomina a economia de mercado. Aí subsiste a propriedade privada e individual. Sobre ela atua o movimento de "humanização", ocorre a idéia "paternalista" (COLIN et CAPITANT), ou a influência do "relativismo" jurídico (JOSSEMAND), a que não falta mesmo a referência à "socialização da propriedade" (irmãos MAZEAUD) ou a sua "publicização" (SAVATIER). Com toda esta variedade de qualificações, o que na verdade existe é uma questão de limite, a determinar os critérios de utilização das coisas impondo-lhe restrições em benefício do bem comum, sem atingir a essência ou a substância do conceito básico da propriedade (HEDEMANN, *Derechos Reales*, pag. 23).

Percussão ontológica de verdadeira expressão reside no se atribuir à propriedade uma "função social". Não se nega que ela seja um direito e que é individual. Sem deixar, contudo, de ser "um direito" (aliás o direito subjetivo típico ou direito subjetivo padrão), o "exercício" daquele direito tem de subordinar-se ao interesse coletivo. Sem negar a propriedade privada, a ordem jurídica abandona a posição estática e passiva ante os conflitos de interesses, e passa a intervir, no propósito de promover o bem comum que, na concepção de um grande jurista-filósofo, dos mais expressivos da corrente neo-tomista, é uma das finalidades da lei (JEAN DABIN, *Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*, págs. 152 e segs.).

O exercício da propriedade como "função social" encontra seu maior desenvolvimento na conjugação de duas correntes de informação filosófica bem diversa, que são o solidarismo de LÉON DUGUIT

(*Les Transformations Générales du Droit Privé*) e o espiritualismo dos pensadores neo-tomistas (cf. minhas *Instituições de Direito Civil*, volume IV, n.º 298). Vai contudo plantar suas raízes bem mais longe, inspirando-se em SANTO TOMÁS DE AQUINO, e assentando na doutrina da Igreja, através das encíclicas “*Rerum Novarum*” de LEÃO XIII; “*Quadragesimum Annum*” de Pio XI; e “*Mater et Magistra*” de JOÃO XXIII (cf. MANOEL GONÇALVES F. FILHO, *Propriedade e sua Função Social*, in *Atualidades Forense*, publicação periódica da Editora Forense, n.º 77, pág. 14).

Contrariando a concepção absolutista do domínio, que mesmo em Direito Romano é negada (cf. VAN WETTER, *Pandectes*, vol. II, § 162), e admitindo que as legislações no mundo inteiro revelam “tendência de atenuar a rigidez dos atributos dominiais” (TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, pág. 381, da edição de 1960), o que predomina em a “função social” da propriedade é a idéia de que os bens não são confiados ao *dominus* para a exclusiva satisfação de seus interesses pessoais, mas para que, por via de sua utilização, possam atender às necessidades do maior número.

Suportando embora algumas críticas, no sentido de que impera certa contradição entre “direito” e “função social” (GEORGES RIPERT, GASTON MORIN), o que é certo é que a expressão “função social da propriedade” ganhou corpo e fez carreira, ocupando lugar na obra de grande número de escritores, nossos e alheios, que assinalam as novas tendências jurídico-dominiais (GASTON MORIN, *Le Sens de l'Evolution Contemporaine du Droit de Propriété*, in “*Le Droit Privé Français au Millieu du XX^{ème} Siècle*”, vol. II, pág. 3; SAVATIER, *Du Droit Civil au Droit Publique*, págs. 34 e segs.; GEORGES RIPERT, *Les Forces Créatrices du Droit*, n.ºs 77 e segs.; JOSSE-RAND, *L'Esprit des Droits et leur Relativité*, n.ºs 13 e segs.; ADOLF A. BERLE JR. e GARDINER C. MEANS, *A Propriedade Privada na Economia Moderna*, págs. 22 e segs.; BONBRIGHT and MEANS, *The Holding Companies*; ASCARELLI, *Saggi di Diritto Commerciale*, pág. 268; LAGARDE et HAMEL, *Droit Commercial*, vol. I, n.º 866; ERICH MOLITOR, *Nueva Problemática de la Propiedad*, em *Revista de Direito Privado*, 1954, págs. 169 e segs.; ANDRÉ ROUAST, *L'Evolution du Droit de Propriété*, in *Travaux de L'Association Henri Capitant*, vol. I, 1945, págs. 45 e segs.; PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité Élémentaire*, vol. I, n.º 2.705; LÉON DUGUIT, *Les Transformations Générales du Droit Privé* depuis le Code Napoléon; MANOEL GONÇALVES F. FILHO, *A Propriedade e sua Função Social*, in “*Atualidades*”, publicação “Forense”, n.º 77, pág. 14; PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, págs. 495 e segs.; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Novas Tendências do Direito Civil*, in *Revista Forense*, vol. 247, pág. 66; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Sociologia da Propriedade*, in *Condomínio e Incorporações*, Introdução).

Integrou-se o conceito de “função social da propriedade” em nosso direito positivo. A Constituição Federal de 1946 embora não use a expressão literal, inscreveu o princípio da subordinação do uso da propriedade ao “bem-estar social” (art. 147), o qual se mantém na Reforma Constitucional de 1967 (art. 157). É na Emenda de 1969 que literalmente se estrutura (art. 160). Aí se estabelece que a ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base em certos cânones que enuncia entre os quais, sob n.º III, a “função social da propriedade”, como ainda a “repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

Nesta linha orgânica, encontram abrigo normas de comportamento, por via das quais a legislatura deverá promover programas e contenções que permitam a efetivação daqueles conceitos genéricos.

No que diz respeito ao exercício do direito de propriedade, há que considerar certos aspectos que, no curso do tempo, acabam por se transformarem em problemas que devem ser solucionados, sem contudo perder-se de vista que na extremação das medidas restritivas pode insinuar-se tendência incompatível com o desenvolvimento, e obstativas da absorção da mão-de-obra não especializada, gerando o desemprego, ou concorrendo para a sua agravação.

O Projeto de Código Civil, aprovado pela Câmara dos Deputados e ora em tramitação no Senado, absorve a tendência dominante, estabelecendo nos parágrafos em que se desdobra a noção tradicional com que o art. 1.229 reproduz o art. 524 do Código de 1916: o exercício do direito de propriedade em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, e preservação do equilíbrio ecológico (§ 1.º); proibição de atos contrários à comodidade e utilidade alheias e repressão ao atentado a direito alheio (§ 2.º); manutenção da desapropriação por necessidade ou utilidade pública e por interesse social.

4. *A Problemática da Ocupação Urbana*

Movimento que se observa em todo o mundo é o fenômeno migratório do campo para a cidade. No Brasil intensifica-se em razão de um sem-número de fatores. A vida urbana oferece melhores condições de conforto do que a existência rural, a mecanização da lavoura dispensa mão-de-obra permanente, e certos tipos de cultura recrutam o trabalho humano em certas épocas do ano, gerando a intermitência dos chamados “bóias-frias”, que necessariamente têm de viver nas cidades. Por uma espécie de força dos

contrastes, o encarecimento das construções, o aumento de preço dos materiais, agravado pela inflação de três dígitos, a valorização dos terrenos urbanos inversamente proporcional à sua disponibilidade, vêm impondo o aumento da demanda habitacional em todos os níveis, notadamente nas classes de média e baixa renda.

Por tudo isto, a crise que eclodiu aqui, e em todos os países ocidentais, como fenômeno emergencial nos dias que se seguiram à II Guerra Mundial e foi atendida com a Lei n. 4.598, de 1942, assumiu o caráter endêmico, afrontado pela legislação do inquilinato, cujas idéias-forças oscilam entre as linhas de um paralelograma, dominado pelos princípios de controle de preço locatício, e fixação do locatário no imóvel.

Num outro lado do problema, coloca-se a disciplina da "incorporação imobiliária" que de elemento propulsor do progresso veio a converter-se em atividade especulativa, exigindo disciplina e ordenamento, para o que tive eu a felicidade de concorrer, elaborando Anteprojeto que se veio a converter na Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, considerada até hoje como o marco divisório de duas fases na construção civil dos edifícios coletivos, e que serviu de modelo para a lei argentina da "pré-horizontalidade".

No propósito de cobrir o "déficit habitacional", que em 1964, segundo as estatísticas então divulgadas, orçava por cerca de oito milhões de vivendas, engendrou-se o Plano Nacional de Habitação, instituindo-se o Sistema, capitaneado pelo Banco Nacional de Habitação. Ao ser publicada a Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, no meio dos aplausos que festejaram o seu aparecimento, eu fiquei na ingrata condição de Cassandra, manifestando os meus receios de que toda a sua estrutura era fundamentalmente amparada no conceito da correção monetária, e esta, conforme eu preconizara no estudo pioneiro a propósito da indexação da economia, em conferência que pronunciei, em 1955, na Faculdade de Direito de São Paulo, sobre a "*cláusula de Escala Móvel*" e publicado na Revista dos Tribunais, no mesmo ano, tem o efeito lembrado por MICHEL VASSEUR, de uma injeção de morfina, que alivia no momento, mas gera dependência de conseqüências imprevisíveis. Foi o que ocorreu. Vinte anos depois de instituído, todos estão convencidos de sua falência. Os adquirentes-mutuários estão em grande número inadimplentes; os agentes financeiros não querem receber de volta as unidades; o mercado imobiliário a braços com uma crise da maior gravidade.

A correção monetária, instituída com a finalidade defensiva contra a corrosão do poder aquisitivo da moeda que se avilta mês a mês, semana a semana, dia a dia, transformou-se em "técnica de investimento". "Joga-se" na correção monetária, ao invés de se

aplicarem recursos em empreendimentos úteis e produtivos, numa confusão temática muito generalizada, entre “acúmulo de fortuna” e “geração de riqueza”.

Dentre os problemas com que se defronta a ordem social está a disciplina do uso do solo.

5. *O Parcelamento do Solo e sua Regulamentação*

Não é recente a questão gerada com o parcelamento do solo. O crescimento demográfico, e conseqüente aproveitamento do solo urbano, criou a indústria do loteamento. Pessoas e empresas, na década de 30, passaram a lotear áreas na periferia das cidades, fracionando-as para oferecer ao grande público. Negociando-as para pagamentos parcelados, obtinham remuneração imediata para o capital aplicado. E, em seguida, entraram a especular com o inadimplimento dos compradores. Coibindo os abusos, veio o Decreto-lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, estabelecendo requisitos para aprovação dos loteamentos, e disciplinando a venda dos terrenos loteados (cf. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Loteamentos e Condomínios*, vol. I, n.º 64, e especialmente vol. II; HELY LOPES MEIRELLES, *Direito de Construir*, págs. 140 e segs., da edição de 1961). Quarenta anos depois, sente-se a necessidade de imprimir melhor ordenamento ao assunto e promulga-se a Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, dispondo do parcelamento do solo urbano, e estabelecendo as linhas gerais de sua ordenação, porém respeitando as atividades legislativas dos Estados e dos Municípios, no que se refere às normas complementares, adequadas às peculiaridades regionais e locais. Institui este diploma requisitos urbanísticos, normas para aprovação dos loteamentos, e ordenamento da respectiva comercialização, dentro na qual capitula-se como crime contra a Administração Pública a de loteamentos clandestinos (cf. SERGIO A. FRAZÃO DO COUTO, *Manual Teórico e Prático do Parcelamento Urbano*, Editora Forense, 1981).

6. *O Projeto de Lei que disciplina o Uso do Solo Urbano*

As perspectivas do crescimento urbano têm sido preocupação constante dos sociólogos, dos urbanistas, dos juristas. O aumento populacional do mundo, em progressão geométrica, que na geração dos anos 20 era enaltecido como bandeira de esperanças, passou nesta década de 80 a assumir proporções ameaçadoras. Mesmo nos países de índice demográfico relativamente estático, os governos manifestam preocupação notória com o gigantismo das metrópoles. Países de proliferação permanente recorrem a processos de con-

tenção que vão desde o estímulo à esterilidade programada até à proibição da natalidade livre. Estudo recente, efetuado por especialistas da Stanford University, da Califórnia, acenam ao mundo com um prognóstico sombrio, anunciando que a batalha da alimentação na Terra estará irremediavelmente perdida na primeira metade do século XXI.

Em nosso País, o problema tem sido objeto de cogitações e de estudos. Análises realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE — tendo em vista a próxima virada do século, revelam cifras absurdas para as nossas maiores Cidades, prevendo uma ampliação demográfica incontrollável na proximidade do ano 2000 (cf. RICARDO PEREIRA LIRA, *Liberdade e Direito à Terra*, in "Anais" da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, 1980, págs. 305 e seguintes).

Com vistas à projeção deste gigantismo populacional no ambiente geográfico das Cidades, e a multiplicação das favelas, cortiços e mocambos, diversas medidas vêm sendo tomadas pelas autoridades administrativas e em leis e decretos, visando à melhoria de condições de vida, de higiene, de transporte urbano, de localização dos bairros operários.

Procurando trazer ao problema solução mais abrangente, o Conselho Nacional do Desenvolvimento Urbano — CNDU — após outras tentativas frustradas, desde 1976, elaborou Anteprojeto que foi enviado ao Congresso Nacional como Projeto de Lei dispendo sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano.

Recebido encomiasticamente por observadores menos atentos, recebeu tão severa crítica que, não obstante o empenho por sua aprovação, por parte do Ministério do Interior, não logrou trânsito no Poder Legislativo.

Contra a sua admissibilidade no equacionamento dos problemas urbanos, duas ordens de idéias são-lhe assestadas, exigindo a atenção dos Governantes e dos Legisladores, para que se não converta em elemento negativo: de ordem constitucional por um lado, e de ordem econômica e social por outro lado.

7. Aspectos Constitucionais do Projeto de Lei Sobre Uso do Solo Urbano

A análise, em profundidade, deste Projeto, revela a sua desconformidade evidente com os princípios consagrados na Constituição, e que são fundamentais no desenvolvimento da economia de mercado, que é a idéia-base de nossa organização política e de nossa estrutura econômica. Investir contra eles impõe notório risco de nos inclinarmos para uma socialização que não raia com meros

critérios de “humanização”, ou que se não limitam ao “protecio-nismo” compatível com a nossa organização econômica e social, abrindo as portas à deterioração do conceito da propriedade individual, que é da essência do regime.

É mister, sem dúvida, cumprir um programa de ordenamento e disciplina do uso do solo urbano. É, sem dúvida, preciso baixar provimentos legislativos que regulamentem as disposições constitucionais tendentes à “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”; indispensáveis a realizar a “função social da propriedade”; dirigidos no sentido da “repressão ao abuso do poder econômico”. Mas é igualmente indispensável preservar a “liberdade de iniciativa”, não contrariar a “harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção”, e não instituir medidas tendentes a obstar a “expansão das oportunidades de emprego produtivo”.

Analisando o Projeto elaborado pelo CNDU, ao enfoque destes conceitos que a Carta Constitucional assenta como característica da “ordem econômica e social”, não se pode deixar de salientar a sua desconformidade com a concepção que há de prevalecer na construção de nossa economia, sob pena de subversão de todo o organismo social.

No desdobramento dos aspectos constitucionais do Projeto, indico alguns dos pontos em que conflita ele com a Constituição vigente.

8. *Competência Legislativa da União e seus Limites*

Na divisão dos Poderes do Estado, na essência do regime democrático, coloca-se em primeiro plano o Legislativo, tendo em vista a representação popular na sua formação. E não é sem razão que a Constituição Federal dele cogita em primeiro lugar. Na definição de WATSON (*The Constitution*, vol. I, pág. 114) é o poder de elaborar, emendar, alterar e revogar as leis. Ao desempenhar as suas funções, o Legislativo age sob o comando supremo da Constituição. É esta (*Emenda Constitucional* n.º 1, de 1969) que estabelece a competência legislativa, e em particular a do Congresso Nacional (art. 43), ao qual incumbe dispor sobre todas as matérias da competência da União. E não é sem razão que, após um período de declínio, o Legislativo, no Brasil, forceja para recuperar o seu prestígio e a sua predominância.

O art. 8.º da Emenda Constitucional estabelece quais as matérias que competem à União, discriminando-as minuciosamente.

No tocante aos poderes explícitos, as considerações que se fazem são aquelas de cunho quase que puramente exegético, pelo que me dispense de deter-me sobre as numerosas alíneas.

Problema, que se tem muitas vezes levantado, diz respeito à indagação se cabe à União, além daqueles atributos que lhe são expressamente conferidos, validamente legislar sobre matéria que não se encontra especificamente referida. É o que envolve a indagação dos “poderes implícitos”.

Estudando o assunto, em parecer produzido em 1961, escrevi a propósito de questão sobre a qual tive de opinar: No seu encaminhamento, é preciso incursionar por um outro campo, em que o direito americano é fértil. Os dos *poderes implícitos* — “implied powers” — que surgiram no voto de Marshall, proferido naquele “leading case” McCulloch x Maryland, de 1819, e que fez carreira nos Estados Unidos, notadamente em razão dos termos genéricos e algo vagos adotados na Convenção de Filadélfia. Quando o Governo recebe poderes no sentido de cumprir certas finalidades estatais, dispõe também, *implícitos*, dos meios necessários de execução. Se o Presidente tem atribuições para praticar certos atos, cabe-lhe igualmente exercer aquelas que possibilitem seu exercício. Assim, se é da sua competência nomear um Ministro de Estado, não há mister referir o poder de destituir o Ministro, pois que sem este aquele poderia frustrar-se. Se cabe ao Presidente nomear funcionários de certa categoria, com aprovação do Senado, é livre exonerá-los sem aquela aprovação, sob pena de ter cerceada a sua liberdade de exercer as funções que a Constituição lhe incumbia:

“Though the original Constitution made no mention of implied powers which would permit the national government to expand its enumerated powers to keep pace with changing conditions, the Supreme Court approved that interpretation of the Constitution in 1819 in the McCulloch v. Maryland case. Hence the national government is not static in its authority, for as new problems have presented themselves it has frequently been possible to imply the authority to handle them from one or more of the powers enumerated in the original Constitution” (Harold Zink, *The American Presidency*, p. 17).

A doutrina dos *implied powers* não encontrou grande acolhida em nosso meio, especialmente em razão da diferença técnica. Enquanto a Constituição americana é sucinta e se exprime em conceitos genéricos, a brasileira é extensa e casuística. Enquanto, acrescenta o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, a Constituição Americana sobrevive no seu original do 18.º século, reclamando uma técnica especial de adaptação às contingências da vida moderna, no Brasil a votação dos diplomas constitucionais permitiu o afeiçoamento dos textos às novas exigências, dispensando que a interpretação tenha de suprir as omissões de uma enumeração incompleta.

Não obstante isto, sustenta a aplicação da doutrina no nosso meio:

“Nada mais lógico, portanto, do que recorrermos eventualmente ao expediente dos poderes implícitos, para nele assentar algum poder derivado de que o Governo da União tivesse de utilizar-se para o integral desempenho de seu papel constitucional” (OSWALDO TRIGUEIRO, *Os Poderes do Presidente da República*, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 22).

O clássico STORY, depois de afirmar que na interpretação da Constituição americana não há objeção sólida aos “poderes implícitos” (“there is no solid objection to implied powers”), esclarece que todas as vezes que a Constituição confere um poder genérico para alguma coisa, estão incluídos os poderes necessários para realizá-la:

“Whenever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included” (STORY, *Commentaries on the Constitution of United States*, vol. I, § 434, págs. 321/22).

Com mais precisão, WILLOUGHBY, ao tratar da divisão de poderes entre a União e os Estados-membros, dedica um parágrafo à técnica constitucional dos poderes expressos e dos poderes implícitos, com a minúcia de esclarecer aqueles que competem em particular ao Congresso:

“§ 46 — *Express and Implied Powers*

Though the Federal Government is one of enumerated powers, its powers are not described in detail, and from the very beginning it has been held to possess, not simply those powers that are specifically or expressly given it, but also those necessary and proper for the effective exercise of such express powers. After enumerating the various powers that Congress is to possess, the Constitution declares: “The Congress shall have power to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into executions the foregoing powers, and all other powers vested by the Constitution in the Government of the United States or in any department of officer thereof” (WILLOUGHBY, *The Constitutional Law of the United States*, vol. I, § 46, pág. 77).

Não pode, entretanto, a doutrina dos “poderes implícitos”, que se tem invocado entre nós, acobertar desvios na subordinação aos ditames constitucionais.

No exercício dos poderes que lhe são conferidos cabe à União respeitar uma barreira intransponível, instituída nas limitações

contidas na Constituição. Genericamente consideradas, todas as atividades estatais lhe devem absoluto respeito. Enfocando os poderes explícitos, no primeiro plano, é certo que a União pode legislar sobre toda a matéria referida no art. 43, em combinação com o art. 8.º. Toda ela está contida no âmbito de sua competência. No exercício desta, entretanto, há que respeitar os cânones constitucionais, que lhe traçam as extremas de sua atuação.

Considerando, por outro lado, os poderes implícitos, mais cautelosa deve ser a determinação de seu desenvolvimento. Implícitos são os poderes que, posto não declarados por expresse, a ela continuam pertinentes. O perigo que se levanta é a transposição das barreiras, a pretexto de que lhe foram deixados tais poderes. Pelo fato de não serem explícitos, maior cautela há que ser observada. "Implícitos" não quer dizer "livres". "Implícitos" não quer dizer "arbitrários". Nem por serem "implícitos" admitem-se "exorbitantes" do conteúdo constitucional.

Sejam, pois, explícitos, sejam implícitos, os poderes não podem ultrapassar o que a Constituição proclama. O Congresso Nacional tem a faculdade legislativa. Mas é uma faculdade legislativa condicionada. Imanente ao poder de legislar está a delimitação constitucional. A União pode legislar, no uso de poderes, quer explícitos quer implícitos, em subordinação aos ditames da Constituição.

A matéria é pacífica. Nos Estados Unidos, cuja organização política é a mais próxima da nossa, COOLEY já ensinava:

"In Great Britain, this complete power rests in the Parliament; in the American States it resides in the people themselves as an organized body politic. But the people, by creating the Constitution of the United States, have delegated this power as to certain subjects, and under certain restrictions, to the Congress of the Union; and that portion they cannot resume, except as in may be done through amendment of the National Constitution" (THOMAS M. COOLEY, *A Treatise of the Constitutional Limitations*, pág. 241).

Também aqui os poderes pertencem ao povo. O Congresso Nacional os exerce de forma delegada. A Constituição representa o instrumento de tal delegação.

Entre nós, na sua poderosa linguagem, RUI BARBOSA, mestre dos mestres do constitucionalismo brasileiro, já proclamava:

"A lei é ato do legislador em atitude secundária de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus próprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercício do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como órgão da Constituição. A Consti-

tuição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituídos na Constituição” (RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por HOMERO PIRES, vol. I, pág. 20).

Mesmo no caso de uma Emenda Constitucional que não traz o selo do mandato popular na fase de sua elaboração, a Constituição demarca os poderes da legislatura. Nos regimes de constituição escrita, com predominância do escalonamento hierárquico das normas jurídicas, uma lei ordinária há de se submeter à disciplina constitucional sob pena de invalidade. É o mesmo RUI BARBOSA, forte na doutrina de KENT que com maior perfeição o diz:

“Esta demonstração, bem se vê, não assenta em considerações peculiares à nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na índole de seu regime constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se aplica, em geral, a todas as Constituições escritas com separação limitativa de poderes. “A regra de que todo ato da legislatura, oposto à Constituição, é irrito” dizia KENT, “não procede só neste país; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escrita, designando as faculdades e deveres do poder legislativo, assim como dos outros ramos do Governo” (KENT, *Commentaries*, I, pág. 485)” (RUI BARBOSA, vol. cit., pág. 9/10).

Implícitos ou explícitos, os poderes legiferantes concedidos à União, e por via de consequência ao Congresso Nacional, não podem transpor a barreira constitucional. Se a legislatura proceder ao arrepio da Constituição, opera ilegitimamente, e a lei que votar padece do maior dos defeitos, que é o da inconstitucionalidade.

A Constituição da República estabelece, determinando as esferas de competência, a desejada, proclamada e indispensável harmonia entre a União, os Estados e os Municípios. Enuncia os poderes da União, menciona os dos Estados, e assegura os princípios da autonomia municipal.

A propósito, OSWALDO TRIGUEIRO esclarece:

“O traço mais característico do regime federal é a distribuição dos poderes e atribuições de natureza política por duas categorias de órgãos governativos: os da União, que simbolizam a soberania nacional, e os dos Estados-membros, que representam a vontade das entidades constitucionais menores, componentes da República federativa. Essa distribuição é feita pelo constituinte nacional, que define e delimita as duas ordens de governo e regula o seu relacionamento” (OSWALDO TRIGUEIRO, *Direito Constitucional Estadual*, n.º 45, pág. 77).

No mesmo propósito de distribuição de competências, o art. 15 da Constituição assegura a autonomia municipal. Sem necessidade de ir mais longe, enuncia-a THEMISTOCLES CAVALCANTI em termos sintéticos, a propósito da Constituição de 1946, que encontram idêntica aplicação sob o império da Emenda de 1969:

“Pelo self-government, o Estado transfere aos Municípios uma parte de sua capacidade política e administrativa, adotando-se um processo de descentralização que vem da nossa tradição histórica, desenvolvida através da evolução política e social dos agrupamentos humanos que constituem o núcleo das populações rurais” (THEMISTOCLES CAVALCANTI, *A Constituição Federal Comentada*, vol. I, pág. 354).

Quando a União se arroga poderes para legislar sobre determinado assunto, não pode perder de vista que lhe é vedado transpor a órbita de competência dos Estados-membros e dos Municípios. A União não é “deus ex-machina”, um ente todo-poderoso, acima de todas as competências. Tem ela as suas atribuições, mas não pode desrespeitar as que a Constituição deixa aos Estados e Municípios.

A Constituição Federal enuncia os direitos e garantias individuais (art. 153), em termos tão peremptórios que podem limitar-se ao enunciado genérico:

A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Nos trinta e seis parágrafos do artigo elenca os direitos e as garantias individuais. Sua proteção há de ser absoluta, como no direito americano esclarece BLACK:

“Vested rights are rights which have so completely and definitively accrued to or settled in a person that they are not subject to be defeated or canceled by the act of any other private person, and which it is right and equitable that the government should recognize and protect, as being lawfull in themselves and settled according to the then current rules of law, and of which the individual could not be deprived arbitrarily without injustice, or of which he could not justly be deprived otherwise than by the established methods of procedure and for public welfare” (BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, n.º 215, pág. 493).

Veja-se bem que o constitucionalista mesmo quando subordina o seu exercício ao bem-estar social (*public welfare*), condiciona a restrição aos métodos procedimentais (*established methods of procedure*). Fora daí, não pode uma pessoa ser despida de seus

direitos arbitrariamente (*the individual could not be deprived arbitrarily without injustice*).

A Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica e social (art. 160), enunciando como *standard* que tem ela por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, assenta os princípios básicos, dentre os quais salientam-se:

- I — liberdade de iniciativa;
- II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- III — expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Se é certo que compete ao Governo tomar as medidas de proteção à ordem econômica e social, certo é também que a Constituição lhe definiu os parâmetros, para que a epígrafe genérica não lhe sirva de pretexto para imitar-se no campo das atividades particulares, ditando regras à sua discricção, que possam orçar pelo arbítrio.

Referindo-se ao assunto, PONTES DE MIRANDA, em comentário ao art. 157 da Constituição de 1967 (que corresponde ao art. 160 da Carta de 1969), acentua o caráter programático das normas, sem embargo de sujeitarem o infrator a punições:

“O art. 157 constitui recomendação. Mas há as sanções para a infração dele. Os legisladores, que a ele não obedecem, não escapam ao dever de observância. O princípio, por si, é útil, principalmente na parte final do artigo em que se concretiza a programática constitucional. Todo ele serve à interpretação do sistema jurídico e afasta que as leis com tais fins se tenham por inconstitucionais, o que de certo modo é sanção” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, vol. VI, pág. 28).

No exercício de seus poderes e no cumprimento de suas atribuições, não se pode perder de vista que a União, e consequentemente o Congresso Nacional, com a faculdade embora de editar leis, está confinado nas lindes da normação constitucional.

Assim o disse MILLET a propósito do governo dos Estados Unidos:

“The American scheme of government is not well served by legislators who see no limits to the legislative power. Legislative selfrestraint remains as most important guarantee of constitutional government” (JOHN D. MILLET, *Government and Public Administration*, pág. 249).

Recordai todos estes princípios, tendo em vista a abrangência da primeira questão. A União, a meu ver, tem competência para

legislar sobre “normas gerais” de desenvolvimento urbano. A adjetivação dá bem a idéia do quanto lhe é permitido. O direito de formular regras gerais estaria compreendido dentro nos seus poderes. Alguns são explícitos, tais como: a planificação do sistema viário; o ordenamento das obras contra a seca; a organização do ensino em todos os graus; a normação sanitária. Outros são implícitos na competência genérica do art. 8.º, n.º XVII, uma vez que, se tem poderes gerais (*general powers*) para legislar sobre direito civil, não pode deixar de ter os particulares (*implied powers*) para desenvolver o que se compreende dentro nesta província da atividade jurídica.

Mas o fato de ter poderes, quer expressos quer implícitos, não pode jamais perder de vista que o seu poder legiferante é subordinado. Acima das atribuições legislativas da União coloca-se a supremacia das normas constitucionais. A União pode legislar. A legislatura pode fazer leis. Mas não pode transpor o limite traçado na Carta. Quando exorbita dos confins que esta institui, penetra no regime do arbítrio, e procede nulamente. Irrito, inválido e não obrigatório será o provimento contraveniente aos ditames constitucionais.

Em apreciação objetiva e concreta, a União, ao legislar sobre normas gerais de desenvolvimento urbano, tem de se conter, necessariamente, compulsoriamente, nos limites traçados na Constituição da República.

Falta-lhe, conseqüentemente, competência para legislar sobre o desenvolvimento urbano. Não pode aí penetrar, sem ferir o princípio da autonomia municipal.

Com efeito, a Constituição Federal (art. 15) assegura a autonomia municipal. Não cinge o preceito a dizê-lo em termos abstratos. Desce ao revés, no cuidado de especificar os pontos que considera essenciais, e *ipso facto* invulneráveis, dessa autonomia. Dentre eles, destaca-se a atribuição específica da Comuna, referente à “administração própria”, e em particular à “organização dos serviços públicos locais”. Por muito bem intencionada que seja, ao pretender ordenar o “desenvolvimento urbano”, a União tem de se deter na sua carreira. Não lhe é lícito adentrar na administração própria do Município. Quando o faz ou quando o tenta, procede ilegitimamente, marcando o provimento legislativo, que edita, ou intenta editar, da pior eiva, que é a inconstitucionalidade.

9. *Garantia Constitucional da Propriedade*

É uma tradição do direito pátrio a garantia constitucional da propriedade. Historicamente, está presente em todas as Constitui-

ções Brasileiras, desde o Império. No conflito entre o interesse público e o direito individual, o constituinte pautou a solução, sempre, no sentido de manter a propriedade privada. No instituto da desapropriação, mesmo depois de introduzido em nosso direito constitucional o conceito de se estender a expropriação no campo do interesse social, jamais deixou de prevalecer o propósito de amparar a propriedade individual contra os excessos da Administração pública. A propósito, não há necessidade de ir mais longe do que transcrever o disposto no art. 153, § 22, da Emenda Constitucional de 1969:

“É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161 facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar a propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

A Constituição não considera necessário definir o direito de propriedade. Na forma do que dispõe o art. 524 do Código Civil, é o “direito de usar, gozar e dispor de seus bens”, além do poder de reivindicá-los. A Constituição toma o conceito dominial como noção pacífica. Assegura, então, ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens. Com a ressalva constitucional da desapropriação, ou excepcionalmente da requisição, toda lei que traga imissão nesta triplice faculdade de usar, gozar e dispor de seus bens, atenta contra o direito assegurado ao proprietário.

Na análise do instituto da desapropriação, três aspectos sobressaem: a) *prévia indenização*, salvo o disposto no art. 161 que tem em vista a propriedade rural; b) *procedimento judicial* adequado; c) *incorporação do bem no patrimônio público*.

Posto que matéria pacífica, merecem recordados esses aspectos, para confronto com o que se contém no Projeto ora estudado, e analisados posto que sucintamente.

É ponto pacífico que o Poder Público não pode expropriar a propriedade privada sem o pagamento prévio em dinheiro. O proprietário tem direito ao que é seu. O Estado não o pode tomar sem pagar. Não um pagamento qualquer, porém um pagamento em dinheiro. Não um pagamento em qualquer tempo, porém um pagamento prévio. Veja-se a lição de PONTES DE MIRANDA:

“A indenização é pela desapropriação, pela perda que se vai dar. No direito brasileiro, tal prestação é prévia; é pressuposto da desapropriação, e não consequência: não se presta a indenização,

porque se tirou a alguém o bem; e, sim, porque se lhe vai tirar: tem-se de prestar, para que se componha o suporte fático, para que a regra jurídica da extinção da propriedade do desapropriando incida sobre ele e a transcrição da sentença, tratando-se de bem imóvel, produza a "perda".

E mais adiante, antecipando-se a qualquer objeção fundada em outros sistemas jurídicos, corta-a:

"A doutrina dos povos que não têm a prévia indenização não nos serve, e criaria sérias dificuldades teóricas e práticas" (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967* (cujo princípio não desmereceu na de 1969, vol. V, págs. 439/440).

Os monografistas da desapropriação enfatizam-no, bastando uma cita apenas, por amostragem:

"O conceito aqui, no tocante à indenização, a priori, resume-se em algumas condições fundamentais apontadas por FLEINER: a desapropriação não pode efetivar-se sem prévia e justa indenização em dinheiro" (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, *Desapropriação*, pág. 179).

Retornando a PONTES DE MIRANDA, nele encontramos a afirmativa de que a indenização

"justa e prévia impede qualquer critério de fixação e prestação da indenização que não seja justa e não seja prévia (ob. cit., pág. 371).

Fora daí, a apropriação do bem pelo poder público é confisco, que o mestre qualifica de "agressão política" (pág. 373).

Nos Estados Unidos, cuja doutrina é sempre útil invocar, vigora o mesmo critério do pagamento prévio (*pre-payment*). Veja-se o depoimento de BLACK:

"In a number of the states we find constitutional provisions to the effect that the compensation to be awarded to the owner of property which is appropriated for public use must be paid before the taking of the property" (BLACK, *Handbook of American Constitutional Law*, pág. 425).

E o grande RUI BARBOSA, dissertando a respeito das condições da desapropriação, assinala que somente tem cabida por necessidade ou utilidade pública, e com prévia indenização:

"A duas condições impreteríveis subordina, pois, o nosso direito constitucional em ambos os regimes, a desapropriação para que se revista de legitimidade: a de que haja necessidade ou utili-

dade pública na desapropriação, e a de que seja antecipadamente paga” (RUI BARBOSA, ob. cit., vol. V, pág. 415).

A perda da propriedade, por via da iniciativa expropriatória, não pode ser ato arbitrário do Poder desapropriante. Somente se fará obedecendo aos critérios legais, que a legislação especializada prescreve: declaração da utilidade ou necessidade pública, ou do interesse social; ingresso em juízo; depósito prévio para a imissão na posse; estimativa judicial do bem desapropriando; fixação do preço por sentença.

Estes trâmites são a garantia do proprietário. A sua inobservância constitui arbitrariedade. No momento em que o Poder Público se arvora o direito de julgar que a expropriação do bem consulta ao interesse público, e dele se aproprie sem a observância das normas procedimentais, é o direito de propriedade que se expõe ao atentado, e é o próprio regime democrático que se sacrifica, abalado em sua estrutura, assente no princípio da propriedade privada, em oposição aos regimes políticos construídos sobre o princípio da propriedade socializada. É o procedimento judicial adequado (*due process of law* da terminologia americana) que assegura os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da propriedade. Di-lo FREUND:

“*Due process of law — The guaranty that no person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law may be traced to the Great Charter and was originally intended as a safeguard against the arbitrary and despotic exercise of executive power and not against legislation*” (FREUND, *The Police Power*, pág. 14).

É certo que cabe ao Estado tomar todas as medidas necessárias a promover o bem-estar social, a prosperidade geral, e a conveniência pública. Tudo isto acha-se hoje compreendido na conceituação mais ampla e moderna do “poder de polícia”. Mas este poder não pode ser levado além da justa medida, sob pena de se tornar arbitrário e opressivo. Afirma-o CORWIN, um dos mais modernos constitucionalistas americanos:

“*In so far as the police power is utilized by a State, the means employed to effect its exercise can be neither arbitrary nor oppressive, but must bear a real and substantial relation to an end which is public, specifically, the public health, public safety, or public moral, or some other phase of the general welfare*” (EDWARD S. CORWIN, *The Constitution of the United States of America*, pág. 983).

O requisito de "*due process of law*", ou seja, o "procedimento judicial adequado" é fundamental no nosso direito. O expropriante não se pode instalar na adoção de medidas meramente administrativas. Há de assumir as características de um processo judicial, de uma "ação". E é uma ação minuciosamente descrita na lei. SEABRA FAGUNDES, referindo-se em especial ao assunto, escreve, ao comentar o art. 11 da Lei das Desapropriações:

"Deste artigo (em que principia a lei a tratar propriamente do processo judicial) até o art. 30, inclusive, se discrimina todo o curso da ação expropriatória com a respectiva execução" (SEABRA FAGUNDES, *Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, n.º 190, pág. 183).

Em terceiro lugar, a desapropriação há de obedecer ao imperativo da utilidade ou necessidade pública ou o interesse social. A Constituição, ao estabelecê-lo, revela a incompatibilidade com a desapropriação por interesse particular. Ao Poder Público não é lícito exercer o poder expropriatório, para retirar um bem da propriedade de um, e entregá-lo à propriedade de outro. Um procedimento desta ordem é a negação do preceito constitucional, que assegura o direito de propriedade, com a exceção única de atender ao interesse público. Tirar de um para entregar a outro traduz inequívoca medida arbitrária. Pode transformar a providência constitucional da desapropriação em pretexto para o Poder Estatal, ou o seu eventual detentor, converter a desapropriação em instrumento de perseguição ou de favorecimento.

Um dos mais modernos e competentes administrativistas brasileiros, HELY LOPES MEIRELLES, é peremptório na sua afirmação:

"Desvio de finalidade — A finalidade pública, consubstanciada na necessidade ou utilidade do bem para fins administrativos, ou no interesse social da propriedade para ser explorada ou utilizada em prol da comunidade, é o fundamento legitimador da desapropriação. Não pode haver expropriação por interesse privado de pessoa física ou de entidade particular, sem utilidade pública ou interesse social. O interesse há que ser, ou do Poder Público, ou da coletividade beneficiada com o bem expropriado, pena de nulidade da desapropriação" (HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 568).

Compendiando os princípios, FRANCISCO CAMPOS mostra que a tomada do bem particular pelo Poder Público somente se pode fazer por via de desapropriação, e esta há de obedecer aos critérios constitucionais rígidos:

*“Basta reler o texto do dispositivo constitucional para que nele mesmo se depare a resposta a essas indagações. A Constituição não autoriza, com efeito, o poder público a tomar, quando lhe aprouver, ou em qualquer caso ou oportunidade, ou à sua discricção, a propriedade particular, mediante a simples exigência de prévia e justa indenização em dinheiro. Duas condições impõe o texto constitucional ao poder desapropriante: a desapropriação só é autorizada por motivo de utilidade pública e mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, págs. 173/74).*

O “Projeto de Lei n.º 775”, embora se apresente com o propósito ambicioso de promover o desenvolvimento urbano, atenta contra a garantia constitucional da propriedade, e o faz em mais de uma oportunidade.

Chama a atenção o disposto no art. 29, ao estabelecer que a lei municipal

“poderá determinar o parcelamento, a edificação ou utilização compulsória do terreno vago, fixando as áreas, condições e prazos para a sua execução”.

A propriedade é o direito de usar e gozar da coisa. O proprietário tem a faculdade de usar e de fruir; tem o poder de colocar a coisa a seu serviço, empregando-a no seu próprio benefício ou de terceiro. Mas é claro que também pode deixar de usá-la, guardando-a. Deixar a coisa em condições de servir é um modo de usar.

Conciliando o interesse individual com a “função social da propriedade”, que já conceituei no item 1, *supra*, e se coloca como inspiração de numerosos dispositivos do Projeto, só existe um meio, que a Constituição Federal reconhece: a desapropriação por interesse social. Se o Poder Público entende que não condiz com o interesse público a conservação do bem em estado de inércia ou de ociosidade, não pode determinar que o dono o parcele, edifique ou utilize-o compulsoriamente. Para isto foi criada a desapropriação por interesse social, porém como desapropriação efetiva, obediente a toda a tramitação ordenada, e sobretudo subordinada à indenização prévia, justa e em dinheiro. Indenização que, no dizer de HEDEMANN e de OTTO MAYER, em qualquer caso deverá compreender o valor efetivo do bem expropriado (HEDEMANN, *Derechos Reales*, pág. 272; OTTO MAYER, *Le Droit Administratif Allemand*, vol. III, págs. 52 e segs.).

O projeto na verdade pretende estabelecer que o proprietário não tem o direito de usar e fruir a coisa sua, desde o momento

em que lhe é imposto o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsória do terreno vago. Deixa, então, de ter o direito de propriedade. O Poder Público lhe retira o uso e a fruição, sem lhe assegurar o que a Constituição garante, que é a justa e prévia indenização.

Mais grave, ainda, é o conteúdo do art. 31 do Projeto, por atentar contra o direito de dispor. Se o uso e a fruição existem mesmo nos regimes socialistas, onde vigora o conceito da propriedade meramente usufrutuária, a característica essencial do conceito dominial brasileiro é a "disposição", ou a "disponibilidade", que se considera, no complexo das faculdades do proprietário, a faculdade mais nobre e mais característica.

Não contente em impor critérios de utilização, o art. 31 pune o proprietário com uma *desapropriação por interesse particular*. Estabelece que o Poder Público desapropriará, facultando a alienação a terceiro. Além do conteúdo de arbítrio e a perspectiva de converter a medida em instrumento de exploração política, e até de perseguição aos adversários de eventual régulo de aldeia, o dispositivo contém uma cláusula de extrema fluidez. Permite desapropriar e ceder a terceiro, mediante o simples "compromisso" de cumprir certa obrigação. De um tira-se porque não se sujeitou o dono às imposições ou aos caprichos da Administração Municipal. Mas faculta-se a alienação a outro, que se "compromete" a fazê-lo. Compromisso, apenas.

Institui o Projeto um "*direito de preempção*" concedido ao Município, cada vez que o proprietário pretende alienar terreno, a título oneroso. Outorga à lei municipal a delimitação das áreas prioritárias, o que já constitui medida de puro arbítrio, porque não sofre o Município nenhuma restrição. Pode considerar mais ou menos extensa a área urbana, dentro na qual incidirá o direito de preempção. A discricionada pode assumir caráter de notório subjetivismo.

O procedimento estabelecido no Projeto é verdadeiro atentado contra o direito de propriedade. O candidato à alienação terá de notificar o Município, comunicando-lhe as condições de venda, que poderão ser, ou não, aceitas. E, neste último caso, recorre-se a uma avaliação judicial. Fica o proprietário despido do seu *ius disponendi*. Não pode vender a quem quiser, e pelo preço de mercado, porque tem um comprador permanente. Sem o procedimento adequado da desapropriação, o Município tem a prioridade para adquirir. E sem observar o critério de o fazer tanto por tanto, na dependência de uma estimativa requerida judicialmente, porém constringido em parâmetros *a priori*.

O dispositivo é visivelmente inconstitucional. Pelo art. 153, § 22, da Constituição, cabe ao Poder Público declarar um bem

sujeito a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

Mas, no regime da preempção do Projeto 775, o “Poder Público” passa a *adquirir prioritariamente* qualquer terreno urbano, sem prévia declaração de utilidade ou necessidade pública, e sem declaração de interesse social. O proprietário vê atingido o *ius disponendi*. Perde o direito de vender livremente e sem que a Municipalidade declare o bem necessário ou útil à coletividade. A prevalecer o dispositivo, qualquer terreno urbano acha-se em “estado permanente de desapropriação”, ao arrepio do procedimento adequado — *due process of law* — que pressupõe a prévia declaração.

Demais disso, ao arrepio da garantia constitucional da indenização “justa”, o Projeto estabelece nos arts. 35 e 36 restrições ao critério estimativo, por via das quais, o arbitramento passa a ser “condicionado”, com eliminação unilateral de valorização decorrente de investimentos públicos “na área”. Note-se que não alude a investimentos públicos em “área contígua”, ou “na proximidade”, porém “na área”, genericamente. E, como esta é definida a critério exclusivo do Município, a preempção não atende aos critérios que a jurisprudência pacífica, em dezenas de anos de aplicação da Lei das Desapropriações, já sedimentou para o processo expropriatório.

Interferindo no exercício do direito de propriedade, declara qualquer alienação efetuada em desacordo com todo o Capítulo, “nula de pleno direito”. Acontece que o Capítulo trata genericamente dos “instrumentos do desenvolvimento urbano”, “do parcelamento, da edificação ou utilização compulsória” e do “direito de preferência”.

Atinge, portanto, a disponibilidade dos terrenos particulares, naquilo que é fundamental na constelação das faculdades dominiais, e que distingue o regime da livre iniciativa de outro regime qualquer.

Nem se argumente que o instituto da preempção já encontra precedente em nosso direito positivo, em alusão ao Código Civil (arts. 1.149 a 1.157) e à legislação do inquilinato (Lei n.º 6.449, de 1979). Não há paralelo entre a preferência disciplinada nesses diplomas e a consignada no Projeto. O Código Civil estabelece a preempção de natureza contratual, livremente estipulada entre comprador e vendedor, como pacto adjecto à compra e venda. E a Lei do Inquilinato dá preferência, na compra, ao locatário, que já tem, nesta qualidade, a posse do prédio locado. O Projeto, desatendendo a qualquer critério, atribui ao Município o direito

de preempção sobre todos os terrenos, sítos na área que tenha o selo da prioridade, e sem respeitar a igualdade de condições, uma vez que a ele reconhece o direito de enjeitá-las, pedindo arbitramento.

Numa interferência manifesta no âmbito do direito de propriedade, estabelece o Projeto exigências arbitrárias e indefinidas

“a qualquer atividade de urbanização, a definição do tipo de uso, taxa de ocupação, índice de aproveitamento do terreno, licenciamento para qualquer obra ou atividade de indústria, comércio ou lazer”; estende as restrições inclusive às atividades de urbanização e os “equipamentos urbanos” aos “terrenos rurais”.

Qualquer que seja o ângulo de visada, a propriedade particular, com o Projeto, está subordinada a imposições e restrições, totalmente descabidas em face do art. 153, § 22, da Constituição Federal.

10. *Diretrizes do Desenvolvimento Urbano*

O Projeto contém uma gama numerosa de disposições referentes a objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano. Trata-se de normas de natureza diversa. Algumas simplesmente genéricas ou programáticas. Outras de cunho nitidamente intervencionista na economia privada e em conflito com a autonomia municipal por um lado, e com o princípio de iniciativa livre, ambos assegurados na Constituição.

A juridicidade de tais dispositivos tem de ser avaliada em termos de sua constitucionalidade. A partir desta última, examinarei, em o n. 11 seguinte, aspectos da projeção conflitante do Projeto com as atribuições constitucionais do Estado e do Município.

Independentemente do que examinarei sob a epígrafe “atentado à autonomia dos Estados e Municípios”, cumpre assinalar que a generalização dos preceitos aplicáveis às regiões metropolitanas está em briga aberta com a Constituição Federal. No art. 164, dispõe esta que a União pode estabelecer as “regiões metropolitanas”. Tendo em vista que a sua criação pode interferir na economia municipal, restringe a competência legislativa. Somente por via de “lei complementar” é lícito fazê-lo. Sendo as leis complementares diplomas paraconstitucionais, cerceou, no tocante a elas, a atribuição do Congresso para, a este respeito, ditar leis ordinárias.

O Projeto, fazendo tábula rasa da limitação constitucional, pretende estabelecer normas aplicáveis às regiões metropolitanas, ao arrepio do que lhes prescrevem as leis complementares já em vigor.

11. *Atentado à Autonomia dos Estados e Municípios*

A estrutura política e administrativa do País assenta na triplíce esfera de competências: federal, estadual e municipal. A Constituição define o que cabe à União (art. 8.^o), aos Estados (art. 13), aos Municípios (art. 15).

No que interessa ao tema que é objeto do presente estudo, destaca-se, na autonomia estadual, o poder de se organizarem e regerem-se os Estados pelas Constituições e leis que adotarem (art. 13). E, quanto aos Municípios, a autonomia é assegurada, dentre outros princípios, pela administração própria e pela organização dos serviços públicos locais (art. 15).

Segundo o critério de distribuição das competências, a Constituição estabelece em minúcia o que é a atribuição da União. Observados certos cânones básicos, os Estados ficaram com margem mais larga de atribuições, especialmente em face do art. 13, § 1.^o:

“Aos Estados são conferidos todos os poderes que, expressa ou implicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.”

Tendo-o em vista, e comentado a Constituição de 1946, em cujo regime se não pode apontar diversidade capital no tocante a esse conceitos, CARLOS MAXIMILIANO escrevia:

“As atribuições do Governo Federal são limitadas; conservam-se as do regional verdadeiramente amplas. Basta conhecer os poderes reservados ao primeiro; todos os outros competem ao segundo.” (CARLOS MAXIMILIANO, *Comentários à Constituição Federal* (de 1946), vol. I, pág. 310).

E em referência ao Município, desenvolveu tese que, *mutatis mutandis*, tem pleno cabimento sob o império da Carta de 1969:

“A autonomia do Município é a célula da democracia.

Rebenta a primeira revolta contra o régulo de aldeia.

Passa-se das insubordinações locais para a reação geral, pacífica ou sangrenta. A vida política municipal tem sido a escola prática da liberdade.”

E no tocante à organização de seus serviços, que consultam ao seu peculiar interesse, esclarece:

“As municipalidades gozam do direito de legislar sobre assuntos de interesse local e, por isso, melhor conhecidos em suas particularidades pelos habitantes da cidade ou vila” (ob. cit., pág. 358).

Numa enunciação abrangente e pedagógica, FRANCISCO CAMPOS resume o que em termos constitucionais (o que tem validade sob

qualquer das nossas Constituições republicanas) representa a discriminação das competências:

“Pela Constituição federal foram instituídas três categorias de governo: o da União, o dos Estados e o dos Municípios. Estes três Governos exercem simultaneamente a sua jurisdição no mesmo espaço territorial. Para que se torne possível o exercício simultâneo de três jurisdições, sobre o mesmo território, sem que dessa coexistência resulte o caos ou a confusão, é imprescindível não sejam as mesmas concorrentes, mas cada qual limitada pelo seu objeto, distinta ou definida pela esfera ou pelo campo de negócios, demarcado à sua autoridade. É imprescindível, em suma, um princípio ou uma regra de repartição de competência, de acordo com o qual se estremem umas das outras, em esferas distintas de exercício, as jurisdições, autoridades ou governos” (FRANCISCO CAMPOS, *Direito Constitucional*, vol. I, pág. 377).

Esta delimitação das competências não é somente nossa. Está presente nos regimes federativos, de que o exemplo mais próximo para nós é o dos Estados Unidos. Lá, como aqui, os legisladores têm a faculdade de elaborar leis. Lá, como aqui, o seu poder legislativo não pode ser absoluto, sob pena de penetrar no absurdo. Lá, como aqui, os legisladores, no objetivo da harmonia interna, têm de auto-restringir a sua atividade, como a mais importante garantia de um governo constitucional, diz o já citado MILLET, em o n.º 8, *supra*, reportando-me às suas palavras, ao asseverar ele que a mais importante garantia de um governo constitucional repousa em que os legisladores observem os limites traçados ao poder legislativo (*limits to the legislative power*).

O exame do Projeto, em seus vários Capítulos, revela a inobservância destes princípios. Acusa ele a intromissão indevida da União na matéria pertinente aos Estados e aos Municípios.

O seu art. 14 atribui à União definir a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, estabelecendo normas que, a par das que lhe competem, invadem as de cunho estadual e municipal (artigo 14, n.º 2, alíneas a, b, c, e).

Ultrapassando todas as regras da autolimitação, o Projeto investe o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) de *atribuições de superpotência*, constituindo-o como órgão de decisão superior, a que é afeta a execução da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano. Ao discriminar as suas atividades, põe nas suas atribuições o controle e a regulamentação de toda a lei, a ele sujeitando, em tudo que diz respeito aos objetivos e diretri-

zes do desenvolvimento urbano, os organismos federais, estaduais e municipais. Receberia o CNDU uma delegação de competência advinda de uma lei ordinária, que nem a Constituição Federal confere a qualquer das três categorias de Governo. Amplia a sua jurisdição a todo o território nacional, autorizando-o a proceder em concorrência com os Estados e Municípios. E o faz por tal modo, que toda ação de uns e de outros, pode ser conduzida, dirigida ou anulada, à discricção de um órgão que se faz todo-poderoso, dotado de autêntico autoritarismo.

E, por aí, despreza as limitações constitucionais.

No gigantismo que reflete o Projeto, insere-se uma *legitimatío ad causam* e *ad processum* nunca vista. Depois de credenciar o CNDU como órgão de decisão superior, atribui à “associação comunitária” legitimidade processual para intentar qualquer ação, a pretexto de visar ao cumprimento dos preceitos da lei e das normas estaduais e municipais; e ao “vizinho” a legitimidade para ajuizar ação ao policiamento das normas urbanísticas.

Subvertendo a ordem constituída, que reconhece ao Ministério Público a função de guardião ou defensor do cumprimento do direito objetivo, o Projeto autoriza a indefinida “associação comunitária” e até o “vizinho”, para investir contra qualquer pessoa, física ou jurídica, a pretexto de impor a observância da lei do desenvolvimento urbano. De fora parte o alto teor de inconveniência desta legitimação esdrúxula, que fomentará litígios inspirados em caprichos e animosidades pessoais, não se pode omitir que contém uma subversão da ordem constituída.

Dentro na divisão dos Poderes do Estado, Legislativo, Executivo e Judiciário, a cada um deles é atribuída a sua função. Aberra de todas as técnicas que a execução de uma lei seja fiscalizada por uma entidade particular, ou por uma pessoa física, sobrepondo-se até às provisões administrativas. A execução administrativa não é atributo disseminado pela população. Pertence aos órgãos da Administração como ensina ADOLFO MERKL:

“La ejecución administrativa es aquella que compete a órganos administrativos. La ejecución administrativa es, por lo tanto, una clase de ejecución forzosa caracterizada por el órgano competente para ella” (ADOLFO MERKL, *Teoría General del Derecho Administrativo*, pág. 365).

Com essas disposições, o Projeto despreza a existência dos órgãos administrativos, e desloca para entidade privada, e até para a figura indefinida de um vizinho, a execução forçada das disposições atinentes a normas urbanísticas.

12. *Invalidação de Todo o Projeto*

Voltando à lição dos constitucionalistas, deixamos assentado que a inconstitucionalidade de qualquer lei retira-lhe o conteúdo de legitimidade.

O maior de todos os nossos, RUI BARBOSA, em frase lapidar, já dizia:

“O princípio é que leis inconstitucionais não são leis.

.....
Um ato inconstitucional do Congresso, ou de qualquer legislatura de Estado, não é lei (is not law): não confere direitos; não estabelece deveres; não cria proteção; não institui cargos. É, juridicamente considerado, como se nunca tivesse existido” (RUI BARBOSA, ob. cit., vol. I, pág. 12).

Problema que se tem, no entanto, levantado, é se uma lei se invalida na sua totalidade, pelo fato de se inserirem nela disposições contravenientes à Constituição. E, ao propósito, é ainda RUI BARBOSA que nos ensina que não. Com apoio em BANCROFT e FISHER, preleciona que as disposições inconstitucionais não contagiam toda a lei, cabendo aos Tribunais

“joeirar uma da outra, e, aceitando a legítima, repelir a viciosa” (vol. cit.).

A lição do constitucionalismo norte-americano, partindo do mesmo princípio segundo o qual a parte viciada de inconstitucionalidade não contamina a parte obediente à Constituição ressalva que nem sempre isto ocorre. Pois, muitas vezes, os dispositivos inconstitucionais são de tal monta, que é o provimento inteiro que se macula.

BLACK observa que as partes constitucionais e as partes inconstitucionais de uma provisão podem ser perfeitamente distintas e separáveis (*perfectly distinct and separable*). Mas, acrescenta ele, quando são todas elas conexas e dependentes, por tal arte que a legislatura as pretende como um todo, a lei inteira tem de cair. Eis a sua lição:

“But, when the parts of a statute are so mutually connected and dependent, as conditions, considerations, or compensations for each other, as to warrant a belief that the legislature intended them as a whole, and that, if all could not be carried into effect, the legislature would not pass the residue independently, if some parts are unconstitutional and void, all the provisions which are thus dependent, conditional, or connected must fall with them” (BLACK, ob. cit., n.º 44, pág. 65).

No mesmo sentido vem a lição de COOLEY, fazendo a mesma distinção, e com o mesmo resultado:

“Where, therefore, a part of a statute is unconstitutional, that fact does not authorize the courts to declare the remainder void also, unless all the provisions are connected in subject-matter, depending on each other, operating together for the same purpose, or otherwise so connected together in meaning, that it cannot be presumed the legislature would have passed the one without the other” (COOLEY, ob. cit., pág. 247).

Do exame a que procedi, vejo que o Projeto foi apresentado como “um todo” (*intended as a whole*). Destina-se a “dispor sobre os objetivos e a promoção do desenvolvimento urbano”. Seu objetivo (*purpose*) é este. Sua idéia-força é esta. As diversas disposições nele contidas são dependentes, condicionadas e conexas (*dependent, conditional or connected*) de tal modo que uma não pode passar sem a outra (*passed the one without the other*).

As inconstitucionalidades que o pontilham são de tal modo numerosas e presentes em diversas de suas partes, a tal ponto que se torna difícil a separação das boas e das más partes (estas mais do que as outras), como fala COOLEY:

“The difficulty is in determining whether the good and bad parts of the statute are capable of being separated within the meaning of this rule” (loc. cit.).

Não se pode acreditar que o Congresso Nacional, como barreira levantada à inconstitucionalidade de um Projeto que lhe seja submetido, queira transigir com as provisões que atentam contra a Constituição.

O Projeto, como um todo, perde seu conteúdo, e se distancia de sua finalidade, se porventura sofrer um expurgo do que é inconstitucional. E, como isto deve ser feito, no interesse da preservação dos direitos e prerrogativas dos indivíduos e da comunidade nacional; e, mais do que isto e acima de tudo, na sustentação do próprio regime, outra alternativa não se abre ao Poder Legislativo, que não esta, de rejeitar o Projeto que lhe foi encaminhado, em hora de infeliz inspiração, pelo Poder Executivo.

13. A “Emenda Figueiredo” como tentativa de contornar a inconstitucionalidade do Projeto

Na estruturação jurídico-política da Nação, a supremacia absoluta há de caber às normas constitucionais. Reproduzindo a expressão consagrada de RUI BARBOSA, já trasladada neste estudo, “a Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários

poderes do Estado". A legislatura ordinária cabe, então, exercê-lo, sem perder de vista essa outorga essencial ao equilíbrio das funções de cada um. Com grande felicidade, SEABRA FAGUNDES, recordando ser o Poder Constituinte a "manifestação mais alta da vontade coletiva", e que é pela Constituição que se organiza o Estado, e "com ela principia a existir e segundo ela demanda os seus fins", define a função legislativa:

"Pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva" (M. SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, n.º 3, página 18, da 4.ª edição).

Outro jurista, brilhante entre os maiores, mas que a morte cedo nos roubou, C. A. LÚCIO BITTENCOURT, em palavras precisas e seguras, enuncia o primado da Constituição sobre a lei ordinária:

"Na ordem jurídica interna, a Constituição é a lei suprema, a matriz de todas as outras manifestações normativas do Estado. A lei ordinária é "determinada", em seu conteúdo e em seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva, representando, em última análise, mera "aplicação" dos preceitos constitucionais, podendo-se dizer, com KELSEN, que a lei é a "execução" da Constituição, do mesmo modo que a sentença é a execução da lei" (C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis*, pág. 65, da 2.ª edição).

No mau veso casuísta, que se tem integrado em nossa organização jurídica, o Poder Executivo, convencido de que o Projeto de lei por ele enviado ao Congresso, não lograria aprovação, por eivado da mácula inapagável da inconstitucionalidade, procedeu a uma lamentável inversão conceitual. Desprezando o ensinamento dos mestres, que sustentam a subordinação da lei aos cânones constitucionais, enviou ao Congresso Nacional um "Projeto de Emenda Constitucional", a pretexto de ordenar o procedimento político-eleitoral, no qual inseriu disposições com o claro objetivo de "constitucionalizar" o Projeto inconstitucional. Na emenda, apelidada "Emenda Figueiredo", inseriu dispositivos obviamente destinados a contornar as contraveniências flagrantes do Projeto n.º 775/83 ao texto constitucional vigente.

Não contente, então, em propor ao Legislativo uma proposição contrária à Constituição, sugeriu inversão hierárquica, para adaptar a Constituição à lei ordinária, consagrando desta sorte a supremacia de um Projeto de lei às normas constitucionais em vigor.

Sua retirada salvou o País, ao menos por enquanto, desta triste aberração.

14. *Ordem Econômica e Social e os inconvenientes de um parcelamento do solo desatento às necessidades de promover o equilíbrio entre as forças básicas da economia brasileira*

A ordem econômica e social, tal como definida na Constituição (art. 160), assenta sobre certas bases.

A matéria tem sido considerada de natureza programática. Mas nem por isso deixa de ter obrigatoriedade, no sentido de que a legislatura ordinária não lhe pode faltar à observância. O que mais sobreleva no enunciado dos princípios básicos é o condicionamento do regime aos ditames ali contidos. Por tal arte que a quebra daqueles conceitos importa na transposição para o outro lado, o dos regimes em que a ordem econômica e social é atributo do Estado autocrático e centralizado. Pode-se dizer que o art. 160 da Constituição exprime um divisor de águas e uma definição, enxergando no Brasil a organização política e econômica como constitutiva de uma certa ordem social, em contraposição à outra organização política e econômica que entrega ao Estado as atividades, e conseqüentemente, a própria liberdade dos indivíduos.

Ninguém mais sustenta ou defende, obviamente, a economia liberal que existiu no passado. O individualismo como concepção filosófica e como inspiração legislativa predominou no século passado, e ainda penetrou neste século. O impacto de duas Grandes Guerras, a preocupação de atender aos princípios da justiça comutativa, gerou no plano privatístico, como no publicístico, conceitos novos que moldaram e continuam moldando a elaboração jurídica. Ninguém pode perder de vista que o direito de propriedade adquiriu novas visões quando se erigiu em função social. A ele são apostas limitações, que transmudam os valores econômicos dominiais (cf. UMBERTO FRAGOLA, *Limitazioni Amministrativa al Diritto di Proprietà*).

Há, entretanto, limites constitucionais integrados na essência mesma do regime. Além da garantia ao direito de propriedade, já examinado neste estudo, erige-se em norma fundamental o princípio da liberdade de iniciativa, tendo como conseqüência a expansão das oportunidades de emprego produtivo.

O Projeto, invertendo a conceptualística da Constituição, consagra o intervencionismo estatal na economia privada, ao ponto de obstar a liberdade de iniciativa. A propósito de disciplinar o uso do solo e de traçar diretrizes ao desenvolvimento urbano, atinge um setor de maior relevância da vida econômica, pondo em cheque a livre concorrência no mercado imobiliário, e reduzindo o campo de aproveitamento da mão-de-obra não especializada. Enquanto a Constituição prestigia a liberdade de iniciativa, e recomenda o mercado de trabalho, o Projeto atua em sentido contrário

à liberdade das empresas e estimula o desemprego do operariado não qualificado, e indiretamente vai atingir o que é dotado de qualidades e qualificações.

Sem definição precisa, propõe o controle do uso do solo de modo a evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos, bem como o parcelamento do solo e a edificação vertical (art. 2.º). Em mais de meio século de fracionamento do solo para edificação dos edifícios coletivos, que teve início com o Decreto n.º 5.481, de 25 de junho de 1928, desenvolvido e disciplinado pela Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, foi a edificação vertical que propiciou o desenvolvimento urbano e vem concorrendo, a um só tempo, para solucionar o problema habitacional, reduzindo o enorme "deficit" ainda existente, como o problema do emprego, pois é na construção civil que se encontra o mais amplo mercado para sua absorção.

O Projeto, a pretexto da ocupação dos espaços vazios, incentiva concentrar no patrimônio das entidades públicas áreas hoje pertencentes a particulares, que não puderam ainda ser aproveitadas, ou que a economia de mercado não ensejou sua utilização. Pretendendo incorporá-las no domínio público, não é de prever que seu aproveitamento consulte aos interesses das populações menos favorecidas. O Estado é mau administrador. Não vai nisto nenhuma crítica de cunho negativista ou partidário. Trata-se de mencionar um fato certo, aliás comprovado em a nossa atualidade econômica, com a política adotada pelo Governo de desestatizar numerosas empresas que nas mãos da Administração Pública revelaram-se deficitárias.

Erigindo o CNDU numa espécie de superpotência administrativa, confere-lhe atribuições que visam à estatização da economia. Outorga-lhe competência para "articular e compatibilizar as ações concernentes ao desenvolvimento urbano exercidas por órgãos ou entidades integrantes da administração federal, estadual e municipal, direta ou indireta, bem como das fundações instituídas pelos Poderes Públicos" (art. 38, n.º 3). A forma fluida, vaga, imprecisa do inciso na verdade traveste a execução da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano em franca intervenção nas atividades que nos termos da compleição programática da Ordem Econômica e Social, articulada na Constituição da República, preenche todo um setor da economia privada. Se se trata de coibir os abusos, que os há em todos os segmentos sociais, a legislação vigente já dota a Administração Pública de instrumental eficiente. O que se insere às ocultas nesta alínea do art. 38 é nada mais nada menos do que podar na política da liberdade de iniciativa.

A alínea 4 do mesmo art. 38 dá ao CNDU poderes ainda mais amplos. A par de propor legislação básica e complementar, que

pressupõe estender sua ação até ao controle do Poder Legislativo, investe aquela superpotência de atributos legiferantes, quando lhe permite "expedir normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano".

Por encima da competência legislativa municipal, o CNDU reserva-se a faculdade de emitir "dictats", sujeitando o desenvolvimento urbano aos caprichos de seus componentes ou dirigentes. Na verdade, o que o Projeto, com este inciso estatui é a criação de uma "norma disciplinar em branco", em cujo contexto caberá toda e qualquer imposição, proibição ou ordenança, ao sabor das opiniões ou dos prejuízos do órgão ou de seus dirigentes, traduzindo imissão franca na liberdade de iniciativa.

Apontados estes pontos a titulo de amostragem, pois que uma análise mais aprofundada revela ainda outros, vê-se que o Projeto ofende os princípios constitucionais referentes à ordem econômica e social. E instala, na programática do desenvolvimento urbano, inconveniências e desestímulos.

Nas dobras panegíricas de sua apresentação como técnica de abertura do mercado imobiliário ao maior número de candidatos à casa própria, o que em verdade se esconde na extensão de seus dispositivos é a estatização progressiva da propriedade urbana. A construção de unidades, na sua grande maioria destinadas à habitação, é uma atividade empresarial. O Estado não deve assumir a sua direção. O Estado não tem condição de fazê-lo. Não é o fato de proprietários de imóveis urbanos aguardarem momento propício para edificarem que gera a inflação. É público e notório que provém ela, em grande parte, das construções de obras públicas.

Um dos grandes males da economia brasileira nas últimas décadas é a crença de que o Estado deve assumir, cada vez mais, as atividades que devem pertencer ao particular. Se se expandir no setor da construção habitacional, com um pioneirismo a que lhe falta experiência, é de se prever que falhará neste setor, como nos outros em que se tem empenhado, como colecionador de déficits de toda espécie.