

Restrições ao Direito de Construir e a Regulação de Interesse Público *Restrictions on the Right to Build and the Public Interest Regulation*

Submetido(submitted): 20/02/2016

Parecer(revised): 12/03/2016

Aceito(accepted): 05/04/2016

Lauro Gurgel de Brito *

Resumo

Propósito – Este artigo propõe-se a analisar a exigência de distanciamento mínimo para instalação de postos de combustíveis na cidade de Mossoró à luz da teoria da regulação de interesse público.

Metodologia/abordagem/design – A metodologia aplicada consistiu em confrontar, a partir de um levantamento bibliográfico, o teor normativo dessa restrição com a teoria da regulação de interesse público, subsidiada pela análise da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, pelo princípio da função social da propriedade urbana e da legalidade.

Resultados – Conclui-se que a obrigação legal de respeitar o distanciamento mínimo para instalação de postos de combustíveis em Mossoró tem a finalidade de regular o uso e a ocupação do território urbano, mediante comandos impositivos (por direção), visando a beneficiar o interesse público, mormente por melhorar o bem-estar da cidade, notadamente no aspecto da segurança das pessoas.

Originalidade/relevância do texto – A originalidade e a importância do texto se afirmam no próprio instante em que se analisa um instrumento da política urbana da cidade de Mossoró à luz da teoria da regulação de interesse público.

Implicações práticas – O texto se revela útil porque, partindo de paradigmas teóricos, aponta a natureza regulatória e a finalidade de interesse público de instrumentos de política urbana local, refletindo-se no direito de propriedade, na liberdade de iniciativa econômica e nos mecanismos públicos de controle e fiscalização sobre as edificações.

Palavras-chave: direito de construir, limitação, regulação, interesse público.

Abstract

Purpose – This article analyzes the minimum distance requirement for the installation of gas stations in the city of Mossoro according to the public interest theory of regulation.

Methodology/approach/design – The methodology consists in confronting, based on the literature, the normative content of restrictions with the public interest theory of regulation, based on the analysis of state intervention over the economic domain, the principle of urban real estate social function and the principle of legality.

Findings – The legal obligation that imposes a minimum distance to gas station installations in Mossoro is intended to regulate the use and occupation of urban territory,

*É professor da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, onde atualmente é Diretor da Faculdade de Direito. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. É membro do Conselho Editorial da Revista Direito e Liberdade. Email: laurogurgel@hotmail.com.

by command-and-control, in order to benefit the public interest, especially in improving the well-being of the city, notably in security.

Originality/value – *The originality and importance of the text is stated at the very moment in which we analyze an instrument of urban policy of the city of Mossoro in light of the public interest theory of regulation.*

Practical implications – *The text proves useful because, starting from theoretical paradigms, points to regulatory nature and purpose of public interest of local urban policy instruments, with reflections in the right to property, freedom of economic initiative and public control and monitoring mechanisms on buildings.*

Keywords: *right to build, limitation, regulation, public interest*

Introdução

O Município de Mossoró, no Estado do Rio Grande do Norte, editou o Código de Obras, Posturas e Edificações, exigindo dos agentes econômicos a observância de distanciamento mínimo entre postos de abastecimento de combustível, caracterizando verdadeiras limitações legais ao uso da propriedade e à liberdade de empreender. Numa análise perfunctória, esse comando normativo pode ser interpretado em, pelo menos, duas acepções antagônicas. Numa primeira, significa a intromissão indevida ao direito de propriedade e à livre iniciativa; noutra, evidencia uma dimensão urbanístico-ambiental, com nítida proteção à segurança das pessoas.

Destarte, o objetivo principal deste artigo consiste em analisar se a referida exigência pode ser explicada pela teoria da regulação de interesse público, hipótese em que se adequaria à segunda acepção interpretativa acima indicada. Para tanto, são trazidos alguns conceitos básicos e apresentadas algumas teorias e institutos correlatos, como estratégia para alcançar os resultados almejados.

Com esse propósito definido, o artigo se organiza em elementos pré e pós-textuais e em tópicos de abordagem, iniciando com a apresentação do conteúdo normativo desse distanciamento. Em seguida, aborda-se o conceito de interesse público, com as variações que possui, ressaltando a opção epistemológica pelo interesse público primário, como algo que pertence à dimensão coletiva e não necessariamente às vontades do Erário.

Na sequência, examina-se a vinculação entre regulação e direitos fundamentais, bem como a teoria da regulação a partir do interesse público (*public interest regulation*). Medita-se ainda acerca da teoria que explica a intervenção estatal sobre as atividades econômicas, quando o Estado exerce pressão na área, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento. Igualmente, busca-se aproximar a restrição em estudo à teoria regulatória

diretiva, situação em que o Estado exige do agente econômico um comportamento ativo, tendo em vista a proteção de determinados interesses.

Analisa-se, também, a questão da função social da propriedade urbana, realçando-a entre paradigmas opostos: um tendente à ampla liberdade (uso, gozo e disposição dos bens, sem maiores limites) e o outro direcionado para um compromisso ético-social da propriedade, que legitimaria certas condicionantes. Esclarece-se que as restrições ao direito de propriedade, para fins de atender à função social, precisam observar padrões normativos previamente fixados, daí se justificar a abordagem do tradicional princípio da legalidade, inclusive com a nova roupagem da juridicidade.

Nesse aspecto, também se justifica avaliar se essa preocupação com a qualidade ambiental da cidade, em especial nos aspectos de segurança, está alinhada com a política da Organização das Nações Unidas para as cidades sustentáveis.

A partir de levantamento bibliográfico, a metodologia consistiu em confrontar o instituto do distanciamento mínimo, nos termos do Código de Obras, Posturas e Edificações do Município de Mossoró, com teorias regulatórias e normas constitucionais sobre a temática urbana. Nesses termos, a proposta deste artigo consiste essencialmente em procurar explicar como o instituto escolhido para análise se amolda a aportes teóricos doutrinariamente consolidados, sem lhe negar a importância de avaliação na perspectiva jurídico-normativa e de efetividade.

O distanciamento mínimo entre paradigmas opostos

De acordo com o Código de Obras, Posturas e Edificações do Município de Mossoró (COPEM), instituído pela Lei Complementar nº 47/2010, o exercício do direito de construir e instalar postos de abastecimento de combustíveis¹ na cidade fica condicionado a alguns parâmetros normativos. Entre eles, destacam-se as exigências para localização do empreendimento, que deve respeitar a distância de, pelo menos, 300 (trezentos) metros em relação a outro estabelecimento congênere previamente instalado ou de locais que abriguem instalações de comércio de produtos explosivos:

¹De acordo com a Resolução ANP nº 41, de 5 de novembro de 2013, posto revendedor de combustíveis automotivos é o estabelecimento localizado em terra firme que revende, a varejo, combustíveis automotivos e abastece tanque de consumo dos veículos automotores terrestres ou recipientes apropriados, óleo lubrificante acabado envasado e a granel, aditivo envasado para combustíveis líquidos, aditivo envasado para óleo lubrificante acabado, graxas lubrificantes envasadas e querosene iluminante a granel ou envasado. (BRASIL, 2013)

Art. 123. O posto revendedor de combustíveis só poderá ser construído, instalado ou realocado, desde que sua área de segurança atenda às seguintes exigências:

III - guardar distância mínima de 300m (trezentos metros) de raio de divisa do terreno onde se localizará o posto revendedor de combustíveis, da divisa do estabelecimento congênera a de locais que abriguem instalações de comércio de produtos explosivos; (MOSSORÓ, 2010).

A propósito do tema, existe limitação semelhante no município do Belo Horizonte, que, através da Lei nº 6.978, de 1995, estabelece distância mínima entre estabelecimentos como condição para autorizar a instalação de postos revendedores de combustíveis automotivos:

Art. 4º - Somente será outorgado Alvará de Localização e Funcionamento para posto de abastecimento que satisfaça, além das exigências da legislação sobre construções, as seguintes condições...

§2º - Os postos de abastecimento não poderão ser instalados a menos de 800m (oitocentos metros) um do outro (...). (BELO HORIZONTE, 1995)

Procurando uniformizar a matéria em âmbito nacional, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 866, de 4 de abril de 2011, que objetiva fixar um parâmetro geral, com distanciamento inclusive bem maior:

Art. 5º - A autorização para a instalação de novos Postos Revendedores de Combustíveis em território nacional só será permitida obedecendo às normas já estabelecidas pela ANP, Prefeituras Municipais, Órgãos Ambientais, Polícia Civil, Corpo de Bombeiros e demais órgãos públicos federais, estaduais e municipais, concomitantemente com as seguintes condições:

I - A menor distância dentro do perímetro urbano, medida a partir do ponto de estocagem será de 2.000 (dois mil metros) de raio do posto de abastecimento e serviços mais próximo, já existente, em razão do adensamento de estocagem de combustível observado no subsolo nos conglomerados urbanos e rodovias e do risco potencial de explosões simultânea e concentração de danos ambiental aos recursos hídricos superficiais e subterrâneos; (BRASIL, 2011).

Do texto acima, infere-se que a proposta reconhece a existência de entes competentes para editar outras normas, inclusive os municípios, para regular o assunto, e se baseia na tese de preservação do solo e das águas, bem como da segurança das pessoas, face aos riscos de explosões simultâneas.

Um desses entes a que se refere o Projeto de Lei é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Assim, diante da proximidade da temática com a regulação do petróleo, fez-se a consulta, com base na Lei de Acesso à Informação², sobre condicionamento de distância mínima entre revendedores de combustível. Em resposta, a ANP informou que não estabelece distanciamento mínimo entre revendedores, exatamente por entender que se trata de normas urbanísticas, da competência municipal.

Por qualquer desses parâmetros, o fato é que se faz oportuno situar a matéria entre os paradigmas opostos: exigências dessa natureza se traduzem em reserva de mercado, significando uma intromissão indevida ao direito de propriedade e à livre iniciativa? Ou se trata de legítimo exercício do poder de regular o uso do território urbano, em favor da qualidade ambiental, de interesse público?

Como ponto de partida, vale lembrar que, de fato, uma das competências municipais consiste precisamente em ordenar o território da cidade, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano³, podendo inclusive estabelecer restrições nesse sentido.

Cite-se a propósito, um julgado do Supremo Tribunal Federal em que se afirmou o caráter não absoluto do direito de propriedade, pois sobre ele recairia uma relevante hipoteca social (STF, 2004). No mesmo sentido, essa Corte afirmou que o direito de edificar seria relativo, porque condicionado à função social da propriedade (STF, 1999).

Com edição da Súmula Vinculante nº 49 (STF, 2015), aparentemente estaria superado esse entendimento⁴. Mas, em verdade, percebe-se que ela se aplica às atividades em geral, como farmácias e drogarias, e visa à defesa do consumidor e à garantia dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa econômica (STF, 2015b).

Na hipótese vertente, ao contrário, os direitos de propriedade e de construir parecem ceder espaço ao bem-estar da coletividade, principalmente no que se refere à qualidade ambiental e à segurança das pessoas, haja vista cuidar-se de atividade potencialmente geradora de graves riscos. Portanto, referida súmula não se aplicaria a este caso.

²Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011.

³Constituição de 1988, art. 30, VIII.

⁴Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

Interesse público e Regulação

Embora a expressão “interesse público” seja considerada conceito jurídico indeterminado (OLIVEIRA, 2009), a concepção aqui trabalhada diz respeito ao denominado interesse público primário, ou seja, aquele pertencente ao todo, que deflui do conjunto social, representativo da dimensão pública dos interesses de cada indivíduo como membro da sociedade e que nem sempre coincide com as vontades dos entes estatais (MELLO, 2005).

Diz-se até que seria um equívoco confundir interesse público e interesse estatal, pois existe aquele sem este. O terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais, constituiria exemplo disso (JUSTEN FILHO, 2005). No mesmo sentido, tem-se afirmado que:

“enquanto o interesse público primário prende-se à ideia de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar), o interesse público secundário seria o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do Erário.” (OLIVEIRA, 2009, p. 101)

Dessa forma, exigir do poluidor o ressarcimento por um dano ambiental é exemplo de interesse público. Instituir tributos com alíquotas elevadas visando à obtenção cada vez mais de receita seria um exemplo de interesse público secundário (apenas do ente estatal tributante).

Em função dessa concepção de interesse público, é pertinente aqui lembrar que a regulação, entendida como a atuação normativa e administrativa diuturna para reconfiguração do ambiente regulado, tem sido propugnada como mecanismo de proteção de direitos fundamentais (ARANHA, 2015).

Fundamentais são aqueles direitos juridicamente positivados e vigentes numa ordem constitucional, sendo garantidos e limitados num espaço e num tempo determinados (CANOTILHO, 2003), com o fim de assegurar uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (SILVA, 2008). Vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte e lazer, entre outros, são exemplos de direitos fundamentais no Brasil.

Dessa forma, a razão de ser da regulação é mais do que proteger o direito à igualdade de condições concorrenciais, pois, em verdade, sua principal finalidade consiste na proteção dos direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre em áreas como saúde, educação, comunicação social e ordenamento territorial (ARANHA, 2015). Assim, por exemplo, a dignidade humana justifica o tipo regulatório que veda a existência de mercado de órgãos e tecidos humanos e veda o mercado de espécies ameaçadas de extinção (ARANHA, 2015).

Como primeiro resultado, é possível concluir-se que os interesses públicos primários são aqueles que buscam satisfazer as vontades da coletividade, como o bem-estar urbano manifestado na segurança das pessoas, não se confundindo com os interesses do Estado (do Erário), e que a regulação visa à proteção dos direitos fundamentais.

Resta investigar se os preceitos normativos para garantia de segurança das pessoas justificam a regulação de que se trata aqui. É possível justificar a condicionante de distanciamento mínimo para instalar postos revendedores de combustíveis automotivos mediante teorias da regulação? Com essa medida, almejam-se interesses públicos primários e a proteção de direitos fundamentais? Os itens seguintes buscam respostas a essas questões.

Regulação de interesse público

Compreendido o que seja o interesse público, feita a opção pela dimensão do interesse público primário, e admitida a tese da regulação como mecanismo de afirmação dos direitos fundamentais, torna-se extremamente relevante abordar agora a teoria da regulação de interesse público (*public interest regulation*), com o fim de aplicá-la à condicionante de distanciamento mínimo acima citada.

Essa proposta teórica da regulação de interesse público se vincula a uma construção mais ampla, consistente na teoria social da regulação, ambientada na década de 1960, nos Estados Unidos, reagindo à concepção da regulação como produto de grupos de interesses, para considerar a regulação como um fenômeno de proteção de bens jurídicos de interesse da sociedade, como a defesa do meio ambiente, do consumidor e da saúde do trabalhador, e não de grupos determinados (ARANHA, 2015).

Assim, a teoria da **regulação de interesse público** enxerga, no fenômeno regulatório, objetivos outros que não visam apenas à proteção do mercado. De modo que a regulação em setores como o **meio ambiente** e a **mídia** deve incorporar e enfatizar valores além daqueles relativos à economia de mercado, alcançando resultados não-econômicos (FEINTUCK, 2010).

Na visão desse autor, o princípio da “precaução”, aplicado à regulação ambiental, constitui-se num desses valores:

“One area where complex collective interests are regularly addressed is that of environmental regulation, where, despite general deregulatory trends, short-term private economic interests are on occasion overridden by long-term collective interests which look beyond economic values... The most obvious example in this area is ‘the precautionary principle’, which, though controversial, has become embedded in varying forms across numerous jurisdictions in Europe and worldwide (...), and in particular has been a focal

point regarding the development of the EU's environment law." (FEINTUCK, 2010, p. 46)

Com efeito, a ideia da precaução, no âmbito do Direito Ambiental, encontra base normativa na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, especificamente no Princípio 15:

"Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental." (BRASIL, 2015)

Aplicando-se essa teoria ao presente objeto de análise, pode-se afirmar a conveniência da precaução para garantir o interesse público primário da segurança, afinal a manipulação de combustível (produto altamente inflamável), na forma de abastecimento de veículos automotores, potencializa a hipótese de explosão e a consequente ocorrência de danos irreversíveis às pessoas. E a instalação de sucessivos postos, sem que se guarde um distanciamento mínimo razoável entre eles, amplia consideravelmente os riscos de ocorrerem tais prejuízos.

Já em relação à regulação dos meios de comunicação, Feintuck alude à legislação do Reino Unido (*Communication Act 2003*), para apontar situações em que se afirma o interesse público. No caso de uma fusão entre empresas de radiodifusão, uma regulação de interesse público seria, por exemplo, a exigência de pluralidade de pessoas com controle das empresas de mídia, de variedade e de alta qualidade dos serviços (FEINTUCK, 2010).

Tais medidas servem para introduz fatores não-econômicos relacionados à importância social e democrática dos meios de comunicação, por se tratar de um setor diferenciado em relação aos demais:

"What was, and is, abundantly clear, however, and what gives these provisions their particular significance in the present context, is that they constitute measures, within a competition law context, which unambiguously introduce into the equation a range of non-economic factors relating to the social and democratic significance of the media. The media is not simply to be treated as another industrial/economic sector, bas it is recognized as having a broader importance to society." (FEINTUCK, 2010, p. 50)

Da mesma forma do que ocorre com o princípio da precaução em matéria ambiental, a identificação do interesse público a regulação da mídia (valores sociais e democráticos) faz transparecer a ideia de que a regulação, em

determinadas circunstâncias, pode e deve se nortear na preservação de interesses da sociedade como um todo (interesse público primário) e não em atender a determinados grupos⁵. Esse é, em síntese, o sentido da teoria da regulação do interesse público para explicar determinado tipo de fenômeno regulatório.

Dito isso, é possível se aplicar essa visão não-econômica (ou para além de valores do mercado) ao instituto do distanciamento entre postos revendedores de combustíveis automotivos, a fim de, noutros termos, reste demonstrado que essa teoria lhe explica a adoção. Tais questões serão retomadas mais adiante. Antes disso, impõe-se analisar a intervenção do Estado sobre a atividade econômica, especialmente na forma de imposição de condutas.

Intervenção estatal sobre a economia e regulação por direção

A doutrina aponta diferença entre intervenção estatal “no” e “sobre” o domínio econômico, entendido este como a parcela da economia “em que atuam os agentes do setor privado, sujeita a normas e regulação do setor público” (SCHOUERI, 2005, p. 43).

No primeiro caso, o Estado (União, estados-membros, Distrito Federal e municípios) atua, desenvolve ação, como agente econômico, podendo ser por absorção (monopólio da União) ou por participação, competindo com a iniciativa privada. Já na segunda hipótese (atuação sobre o domínio), o Estado desenvolve ação como regulador da atividade econômica, podendo ser por direção (com imposição) ou por indução, mediante estímulos (GRAU, 2002). Diz-se que:

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica... (GRAU, 2002, p. 175).

Sobre essa intervenção por direção, Aguillar (1999, p. 105) afirma que o Estado “pode regular (...) a atividade econômica estabelecendo demarcações e requisitos para certas práticas”, o que ele denomina de controle econômico por normas de direção.

Nessa situação, o Estado, visando a certos objetivos, exige do agente econômico um determinado comportamento. Pode-se dizer que um exemplo típico nesse sentido seria a necessidade de garantir acessibilidade de uma edificação, tendo em vista o princípio da proteção às pessoas com deficiência.

⁵ Diferente dessa compreensão, a teoria da *public choice* se propõe a explicar o fenômeno regulatório a partir dos grupos de interesses (ARANHA, 2015, p. 111-119). Com sólida fundamentação e grande poder de síntese, o autor faz um apanhado geral acerca das principais teorias regulatórias.

Por fim, é relevante ainda uma menção ao denominado poder de polícia, mediante o qual o Estado

busca evitar que a fruição das liberdades e dos direitos privados produza lesões a direitos, interesses e bens alheios, públicos ou privados (JUSTEN FILHO, 2005, p. 385).

Outro aspecto que justificaria as intervenções estatais dessa natureza, inclusive aquelas expressas mediante o uso do poder de polícia da Administração Pública, consiste na teoria da função social da propriedade urbana, analisada a seguir.

Função social da propriedade urbana

Outro aspecto importante para se investigar nesse contexto diz respeito ao princípio da função social da propriedade. Partindo-se da premissa de que no Estado democrático de direito as pessoas (incluindo-se os entes políticos) devem pautar seus comportamentos na ordem jurídica vigente, é preciso identificar a estrutura normativa da função social da propriedade urbana, a fim de avaliar a adequação da condicionante aqui abordada a esse postulado constitucional.

A exigência de uma função social tem explicação no contexto atual em face do processo de urbanização que tem levado a maioria da população brasileira a viver nas cidades, mediante uma sucessão de fatos nem sempre compatível com a capacidade de absorção das pessoas, dificultando a mobilidade e prejudicando a salubridade do meio. Isso explica como o exercício desse direito fica condicionado a determinados elementos que guarnecem relevantes valores da comunidade, como, por exemplo, a qualidade ambiental da cidade (bem-estar), principalmente no aspecto da segurança.

Na realidade, ao mesmo tempo em que garante o direito fundamental à propriedade⁶, a Constituição de 1988 exige-lhe que tenha função social⁷, seja no campo, seja na cidade. No que se refere à propriedade urbana, a exigência configuração da função social consiste em atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, conforme expresse o plano diretor⁸.

Tanto é assim que, nas situações de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o poder público municipal pode (até deve) adotar

⁶Constituição de 1988, Art. 5º, XXII - é garantido o direito de propriedade.

⁷Constituição de 1988, Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social. Além disso, trata-se de princípio da ordem econômica (art. 170, III).

⁸Constituição de 1988, Art. 182, §2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

várias providências com vistas à adequação do direito de propriedade ao cumprimento da função social desta, destacando-se, entre outros, o parcelamento ou edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública⁹.

Assim, percebe-se haver uma abertura para que o poder público municipal delimite os termos segundo os quais a propriedade urbana cumpre a respectiva função social. Porém, com parâmetro já bem definido: atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade. Trata-se de típica reserva de lei qualificada, hipótese em que o preceito constitucional não se limita a exigir tratamento da matéria em lei. Vai além, apontando, desde logo, os fins a serem perseguidos por ela e vinculando, dessa maneira, a própria atividade legislativa (OLIVEIRA, 2009). Quais são essas exigências e qual a ordenação adequada compete ao Município definir, desde que para atingir o bem-estar na cidade.

No plano infraconstitucional, o Estatuto da Cidade¹⁰ também estabelece que a tarefa de determinar os critérios definidores da função social da propriedade urbana compete ao município, embora determinando que se assegure o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas¹¹.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.168.632-SP (STJ, 2007) consignou na ementa que o tombamento de bens de relevante interesse ecológico, paisagístico e turístico se traduz em limitações administrativas de caráter geral, conferindo a função social da propriedade¹².

Observa-se que nesse precedente foi reconhecida a importância função social da propriedade. Entendeu-se que não deveria haver ressarcimento ao proprietário de imóvel urbano em vista de tombamento de caráter ambiental, por se entender que era uma limitação administrativa de caráter geral decorrente da adequação e cumprimento da função social da propriedade. Ademais, tratava-se de limitações administrativas preexistentes à própria aquisição do imóvel para

⁹Constituição de 1988, Art. 182, §4º.

¹⁰Trata-se da Lei nº 10.257/2001, de 10 de julho de 2001 [Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências].

¹¹Lei nº 10.257/2001, art. 39.

¹²Processual Civil. Recurso Especial. Art. 105, III, A e C, da CF/1988. Administrativo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Resolução n.º 66, de 10 de dezembro de 1985, da Secretaria da Cultura de São Paulo, que determinou o **tombamento de bens naturais de relevante interesse ecológico, paisagístico e turístico. Limitações administrativas de caráter geral. Função social da propriedade**. Ausência de prejuízo. Impossibilidade de indenização. Precedentes do STJ - ERESP 209.297/SP, DJ. 13.08.2007. Violação dos arts. 458 E 535, do CPC. Inocorrência. (grifou-se).

fins de loteamento, o que não gerou a indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade, especialmente porque a restrição já era do conhecimento do adquirente.

O princípio da função social da propriedade urbana foi também reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, na Apelação Cível nº 2011.016497-5, Relator Desembargador Osvaldo Cruz, em cuja ementa se assentou o seguinte:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Ambiental. Apelação cível. Ação Civil Pública. Desocupação de área verde. Espaço ocupado ao longo de 30 anos com imóveis residenciais e comerciais. Omissão e desídia do Município em regulamentar a situação. Cobrança de IPTU relativo aos imóveis construídos em área pública. Sopesamento de princípios constitucionais no caso concreto. Prevalência da segurança jurídica, da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF), do direito à moradia (art. 6º, CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Possibilidade de atender aos fins do meio ambiente ecologicamente equilibrado sem demolição das construções. Relativização do disposto nos arts. 37 e 225, ambos da CF/88. Dissonância com o opinamento do Parquet. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido.

Nesse caso, o Ministério Público Estadual propusera Ação Civil Pública contra o Município de Natal haja vista suposta omissão deste em coibir as invasões de áreas públicas e de áreas verdes no bairro de Potilândia. No entendimento do *Parquet*, essa realidade promovia uma verdadeira desapropriação da sociedade em benefício dos particulares que se apropriaram do patrimônio público, social, do patrimônio ambiental de todos os cidadãos natalenses, de foram que não deveria se permitir a continuação dos invasores no local.

Como se depreende da ementa, o Tribunal julgou improcedente essa argumentação, ao fundamento de que era um espaço ocupado ao longo de 30 anos com imóveis residenciais e comerciais, onde inclusive havia cobrança de IPTU relativo aos imóveis construídos em área pública. Assim, realizando o sopesamento de princípios constitucionais no caso concreto, concluiu pela prevalência da segurança jurídica, da função social da propriedade, do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana, relativizando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Aqui, é inevitável se reconhecer que o Tribunal, ao julgar dessa forma, enalteceu a função social da propriedade no sentido de proteção à moradia e ao desenvolvimento histórico de atividades em área urbana (contexto fático consolidado).

A propósito, cabe aqui trazer a lição de Roberto (2011), para quem, diante das moradias irregulares (sem acesso a serviços básicos, sem garantia de proteção e segurança em face de eventos naturais e humanos e negativamente impactantes ao meio ambiente) é evidente a importância (e o dever) do Poder Público de atuar preventivamente nesses espaços a fim de ordenar a ocupação e garantir os equipamentos públicos minimamente necessários à população. Destarte, caberia, então, ao município neutralizar essa externalidade negativa, a fim de reequilibrar a proteção ao ambiente, mediante, por exemplo, a compensação ambiental, criando novas áreas verdes.

De modo semelhante, o poder de restringir o direito de construir e instalar postos revendedores de combustíveis automotivos, presente o interesse público primário de garantir segurança às pessoas, adéqua-se à teoria da função social da propriedade, atendidas outras condições, como prévia fixação normativa. A definição do seja a função social da propriedade urbana tem como pressuposto o estabelecimento de parâmetros jurídico-legais, daí se justificar a análise do princípio da legalidade, inclusive com a formulação mais ampliada, chamada de juridicidade.

Legalidade

Ora, a ideia dessa função social se vincula ao atendimento das exigências de ordenação da cidade e, por força de determinação constitucional, os municípios têm o poder/dever de organizar o espaço urbano com vistas a fixar os termos da função social da propriedade imobiliária¹³. Ver-se que, para tanto, precisam observar, entre outros, exatamente o princípio da legalidade.

À luz da Constituição de 1988, o princípio da legalidade prescreve que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa sem que haja imposição legal¹⁴. Comentando o citado dispositivo constitucional, Mello (2005, p. 93) leciona que “aí não se diz ‘em virtude de’ decreto, regulamento, resolução, portaria”... Diz-se em ‘virtude de lei’”. Com isso, quer-se asseverar que a Administração Pública não pode obrigar ou proibir comportamentos sem que exista lei que a embase.

A propósito, é clássica a distinção que se faz entre o princípio da legalidade no âmbito do poder público e na esfera privada. Esse princípio sujeita toda a atividade funcional do administrador público aos mandamentos da lei e às

¹³Constituição de 1988, Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁴Constituição de 1988, Art. 5º, II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

exigências do bem comum, afinal “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELES, 2011, p. 89).

No mesmo sentido, França (2008, p. 18) explica que “por injunção do princípio da legalidade administrativa, [a Administração Pública] encontra-se subordinada à lei”. Para ele, esse princípio constitui um dos alicerces fundamentais do regime jurídico-administrativo, não havendo como se conceber um Estado de Direito sem essa noção crucial.

Hodiernamente, tem-se entendido que a legalidade decorre do princípio da juridicidade administrativa, que é a submissão do Estado à ordem jurídica (FRANÇA, 2000). Após distinguir os planos de aplicação do princípio da legalidade (esfera pública e esfera privada), França (2000, p. 60) afirma que a legalidade administrativa (mais restrita) consiste no fato de que “a iniciativa da ação administrativa fica necessariamente condicionada à existência de uma norma jurídica que a determine”. Ao que se acrescenta: não obrigatoriamente uma lei em sentido formal, pois se devem incluir outros instrumentos (normas constitucionais e resoluções normativas, por exemplo). É ainda do pensamento desse autor que “a legalidade serve [também] como instrumento que viabiliza a ação da Administração na concretização do interesse público” (FRANÇA, 2008, p. 18).

Destarte, observa-se que no âmbito do regime jurídico-administrativo, o conteúdo do princípio da legalidade consiste em servir, concomitantemente, de limite e norte ao comportamento da administração pública, que, para concretizar suas vontades, terá de recorrer à lei e a ela vincular-se. É a partir desse parâmetro que se compreende a noção de função social da propriedade urbana, que, conforme se viu, impõe restrições aos particulares.

Na perspectiva histórica e fazendo-se um corte epistemológico para abordar o tema apenas no âmbito do modelo liberal de Estado (século XVIII), é crível defender a ideia de que a modernidade colocou a lei no centro da ordem jurídica, o que acabaria por influenciar na questão da hierarquia dos poderes do Estado. Nesse cenário, o Legislativo seria o intérprete autêntico da vontade geral, o único poder do Estado, pois o “resto” seria apenas funções de mera execução (MONCADA, 2002).

Corolário desse arranjo é a posição de subordinação do juiz, como afirmava Montesquieu (1996, p. 175): “os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei”. Quanto à administração, o princípio da legalidade servia para subordinar a respectiva atividade à lei.

Nessa perspectiva, a lei era um teorema de onde o aplicador deveria extrair as consequências, mediante raciocínios silogísticos de mera subsunção, com pretensão de verdade, não demandando interpretação, afinal o que importa é a vontade do legislador (ponto de partida e de chegada do Direito). O Direito

legislado é completo e autosuficiente. Veda-se a interpretação judicial da lei. Condena-se a jurisprudência. A razão disso tudo era que, naquele contexto histórico, pretendia-se a libertação pela lei em face do absolutismo do Poder Executivo (Moncada, 2002).

Mas, a realidade mudou. A centralidade hodierna na ordem jurídica pertence à Constituição e aos valores sociais mais relevantes que condensa (democracia, dignidade humana, desenvolvimento). Consequentemente, o sentido de lei altera-se significativamente. Evidencia-se uma concepção material de lei, cujo conteúdo imprescinde de legitimidade constitucional, impedindo-se a arbitrariedade do legislador.

Aliás, quando analisa a caracterização da lei na situação atual, Moncada (2002) assinala que ela não se apresenta como uma norma completa, dispondo de modo acabado sobre as matérias, sendo indispensáveis poderes de execução e complementares, sem os quais não seria exequível. Assim, pode-se afirmar que foi desmontada a tese da centralidade da lei na ordem jurídica, que teria levado Montesquieu a defender desnecessidade de interpretação judicial.

Do Século XVIII (quando a concepção de legalidade era inspirada na rígida doutrina de separação e independência dos poderes do Estado) ao atual contexto da regulação estatal, o exercício das funções passou por significativas mudanças. Ora, primeiramente houve o Estado liberal (do absentéismo), depois o Estado social (*welfare state*) e hoje se fala em Estado regulador, caracterizado pela fiscalização, planejamento e regulação da economia, inclusive para fins de proteção ambiental¹⁵.

Esse é o contexto da regulação estatal voltada à preservação de interesses públicos, firmada na proteção de direitos fundamentais, como a garantia de segurança das pessoas e o meio ambiente saudável. Cenário onde se legitima a teoria da função social da propriedade urbana, que, amparada pelo princípio da legalidade ou da juridicidade, limita determinadas atividades dos agentes econômicos. Essa política, inclusive, alinha-se às preocupações das Nações Unidas, conforme se verá a seguir.

¹⁵Sobre a evolução do Estado liberal ao Estado contemporâneo regulador, cf. OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o Estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Organizadores). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico, 2008, p. 43-47. ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**: fundamentos de direito regulatório. 3ª ed., London: Laccademia Publishing, 2015.

Indicadores internacionais

Recentemente, durante a Cúpula da Organização das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável 2015, ocorrida em Nova York, foi aprovada, pela unanimidade dos 193 Estados-membros daquela entidade, a Agenda de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas (ONU, 2015).

Nela são anunciados 17 objetivos globais e 169 metas, a serem cumpridos até o ano de 2030, todos integrados e indivisíveis e que equilibram as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

O documento se apresenta como um plano de ação dirigido às pessoas, ao planeta e à prosperidade, buscando fortalecer a paz universal com mais liberdade e reconhecendo que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

O objetivo 11 é dedicado ao ambiente urbano, visando “tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis” (ONU, 2015, p. 29), a partir da compreensão de que o desenvolvimento desse espaço é fundamental para a qualidade de vida das pessoas.

Assim, entre as metas a serem alcançadas pelos países signatários até o ano de 2030, surge o compromisso de aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, proporcionar **o acesso universal a espaços públicos seguros**, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência.

Dessa enunciação, extrai-se que a política urbana de Mossoró, ao instituir a condicionante de distanciamento mínimo para instalação de postos de venda de combustíveis na cidade, está alinhada às preocupações da comunidade internacional com a questão da sustentabilidade urbana, particularmente no aspecto da segurança, merecendo o devido aplauso.

Conclusão

Ante ao que se expôs acima, pode-se concluir que o Município de Mossoró, ao estabelecer restrições ao exercício do direito de instalar postos revendedores de combustíveis automotivos na zona urbana, procurou limitar, no uso de sua competência, condutas de agentes econômicos, a fim de prevenir os danos que dessa atividade pudessem resultar à coletividade.

É nesse aspecto, portanto, que se evidencia uma relação direta entre tal exigência e a teoria da regulação de interesse público, que enxerga para além

dos valores econômicos. Pela mesma razão, fica nítida a função regulatória com o intuito de proteger o direito fundamental à segurança, à integridade corporal e à vida.

O instrumento de que se vale o Município para impor aludida restrição compõe o cenário da intervenção estatal sobre o domínio econômico, através da regulação por direção, buscando assegurar que a propriedade cumpra a função social, nos termos do que prevê a legislação local, obediente, portanto, ao princípio da legalidade ou mesmo da juridicidade.

Além disso, essa política se alinha às preocupações das Nações Unidas sobre a sustentabilidade dos assentamentos humanos no meio urbano, principalmente quanto à universalização do acesso a espaços públicos resilientes.

Por todas essas razões, conclui-se que, em relação à construção e instalação de postos de combustíveis na zona urbana de Mossoró, a teoria da regulação de interesse público pode ser utilizada para explicar a exigência legal de distanciamento mínimo. Isso fica claro no próprio instante em que o instituto tem o fim de potencializar uma melhor qualidade ambiental da cidade, sobretudo no aspecto da segurança das pessoas que residem ou simplesmente circulam nas proximidades desses empreendimentos.

Ao assumir essa concepção, a legislação local vislumbra a necessidade de regular o uso e a ocupação do espaço urbano para além de uma visão meramente mercadológica, de propriedade privada e livre iniciativa, ou no intuito de atender a determinados grupos de interesse. Como dito, pauta-se, em verdade, na proteção do interesse público.

Nessa perspectiva, infere-se que tal exigência não se traduz numa intromissão indevida ao direito de propriedade ou à livre iniciativa, com vistas à reserva de mercado. Pelo contrário, trata-se de legítimo exercício do poder de regular o uso e a ocupação do território urbano em benefício do interesse público primário à mobilidade segura.

Sublinhe-se que os resultados encontrados, em função da opção metodológica, representam uma dimensão de análise da questão. De modo que ela não exclui, peremptoriamente, novas avaliações e resultados diferentes, inclusive em sentido contrário.

Bibliografia

AGUILLAR, F. H. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonard, 1999.

_____. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**: fundamentos de direito regulatório. 3ª ed., London: Laccademia Publishing, 2015.

BELO HORIZONTE. **Lei nº 6.978**, de 16 de novembro de 1995. Dispõe sobre a construção e o funcionamento de postos de abastecimento. Disponível em: < <http://www.cmbh.mg.gov.br/leis/legislacao/pesquisa>>. Acesso: 13 jan. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 866**, de 4 de abril de 2011. Dispõe sobre a construção e reforma de postos revendedores de combustíveis, estabelece a obrigatoriedade na execução de medidas preventivas de proteção ao meio ambiente e de segurança contra explosões e incêndios, e da outras providências. Brasília, DF. Disponível em:
<<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?tipo=proposicao=PL+-+Projeto+de+Lei&data=04%2F02%2F2016&page=false&numero=866&ano=2011&btnPesquisar.x=12&btnPesquisar.y=12&btnPesquisar=OK>>
Acesso: 4 fev. 2016.

_____. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). **Resolução nº 41**, de 5 de novembro de 2013. Brasília, DF. Disponível em:
<<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>> Acesso: 04 fev. 2016.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Princípio da Precaução**. Disponível em:
< <http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>> Acesso: 6 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Julgamento de pedido cautelar. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213. Partido dos Trabalhadores e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Diário da Justiça, nº 77, de 23 de abril de 2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=2213&classe=ADI>> Acesso: 23 jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 178.836. Antonio Cesar Novaes e Outros e Município de Ribeirão Preto e Outro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF. **Diário da Justiça**, nº 160, 20 de agosto de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 49. Brasília, DF. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 121, de 23 de junho de 2015, p. 1.

- _____. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante nº 90. **Diário da Justiça Eletrônico**, nº 198, de 02 de outubro de 2015, p. 19.
- FEINTUCK, Mike. *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (org.). **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 39-63.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. Limites constitucionais do decreto regulamentar na criação e extinção de órgãos e cargos públicos no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte. **Revista de informação legislativa**. Brasília-DF, v.45, nº 180, p. 17-30, out./dez. de 2008.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELES, Hely Lopes et. al. **Direito administrativo brasileiro**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Ensaio sobre a lei**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito da leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOSSORÓ. **Lei Complementar nº 47**, de 16 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o Código de Obras, Posturas e Edificações do Município de Mossoró. *Jornal Oficial de Mossoró*, Ano III, nº 73, Mossoró-RN, 17 de dez. de 2010.
- OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; MENDONÇA, Fabiano André de Souza; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. A governança pública e o Estado regulador brasileiro na efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza;
- BRITO, L. G. de. *Restrições ao Direito de Construir e a Regulação de Interesse Público*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 325-344, outubro 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Organizadores). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico, 2008.

OLIVEIRA, R. C. R. **A constitucionalização do direito administrativo**. O princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Transformando Nosso Mundo**: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso: 27 set. 2015.

ROBERTO, Luiz Fernando. A importância da atuação preventiva do poder público diante da ocupação irregular do solo urbano. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. Belo Horizonte, ano 10, n. 55, p. 70-74, jan./fev. 2011.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.