

Rúsvel Beltrame Rocha

Direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado subárea de Direito Urbanístico sob a orientação do Prof. Doutor Márcio Cammarosano.

SÃO PAULO
2011

Banca Examinadora

RESUMO

Título - Direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico

Aluno – Rúsvel Beltrame Rocha

A ideia central deste trabalho é discutir a questão do direito adquirido no âmbito do direito urbanístico.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que o direito adquirido no âmbito do direito urbanístico se dá com o início da obra regularmente licenciada pelo poder público local.

No entanto, o ordenamento jurídico dos municípios brasileiros estabelece que esse momento se consolida quando o proprietário protocola seu pedido de licença perante a Administração Pública Municipal.

A partir da interpretação do princípio constitucional do planejamento urbano pretende-se demonstrar que o momento da constituição do direito adquirido se dá quando da concessão da licença urbanística.

Defende-se, também, a necessidade de suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas no curso do processo de alteração ou revisão de planos diretores.

Palavras-chave: Alteração ou revisão de plano diretor – momento de constituição do direito à utilização de parâmetros urbanísticos revogados – Cristalização do direito adquirido que se dá no momento da concessão da licença urbanística.

ABSTRACT

TITLE : The inter rights in the field of urban laws

STUDENT : Rúsvel Beltrame Rocha

The Main Purpose of this study is to discuss the acquired rights on the Urban Laws.

The Supremo Tribunal Federal rules that the rights on the urban law happens with the start of the works, dully licensed by the local public office.

On the other hand, most cities in Brazil defines that this moment really happens when the owner submitt the License Permit to the City Offices.

Based on the Constitutional Principles of Urban Planning, the intent of this paper is to demonstrate that the the proper moment for the acquisition of the rights is exactly when the license is granted by the local autorirty.

Is is also sugested that all the process of annalises of construction permits should be suspended during the phases of alteration or revision of City Regulation Plans.

Key Words : Alteration or revision of City Regulations – the proper moment for Rights Acquisition based on urban parameters changed - the conclusion that the acquisition of the Rights occurs when the license is granted by the Local authorities.

DIREITO INTERTEMPORAL NO ÂMBITO DO DIREITO URBANÍSTICO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

3

CAPÍTULO I

IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO E SUA RELAÇÃO COM O PLANO DIRETOR

1. Conceito de direito urbanístico	7
2. Autonomia do direito urbanístico	
3. Interface do direito urbanístico com o direito administrativo	17
4. Interface do direito urbanístico com o direito civil	22
5. Interface do direito urbanístico com o direito agrário	25
6. Interface do direito urbanístico com o direito ambiental	26
7. Constitucionalização do direito urbanístico	29
8. Contratualização do direito urbanístico	33

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADQUIRIDO NO DOMÍNIO DO DIREITO URBANÍSTICO

1. Força normativa dos princípios	38
2. Princípio do planejamento urbano	41
3. Teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade	46

CAPÍTULO III

PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

1. Panorama do processo legislativo de elaboração do Plano	53
2. Participação popular e plano diretor	59
3. Vinculação da Administração às decisões tomadas na fase de participação popular	77
4. Iniciativa de lei	81
5. Emendas ao plano diretor	89
6. Alteração e revisão do plano diretor	94

CAPÍTULO IV

PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES E PROCESSO ADMINISTRATIVO CAUTELAR

1. Contexto das revisões do plano diretor no Direito Urbanístico Brasileiro	97
2. Medidas cautelares de plano no direito comparado	98

5

3. Fundamentos para a suspensão do licenciamento urbanístico no direito brasileiro 102

CAPÍTULO V

REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADQUIRIDO NO DOMÍNIO DO DIREITO URBANÍSTICO

1. A questão do direito adquirido e o plano diretor	111
2. Direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	116
3. Posição da legislação urbanística municipal sobre o tema	123
4. Posição doutrinária sobre o tema	127
5. Processo administrativo de licenciamento urbanístico	134
6. Licença urbanística como momento jurídico de constituição do direito adquirido	149
7. Direito adquirido X tolerância de uso desconforme	156

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES

160

INTRODUÇÃO

O direito urbanístico tem como núcleo central a atividade planificatória. O planejamento é a principal atividade administrativa praticada no âmbito do exercício da competência de ordenamento do território da Administração Pública. As operações urbanísticas se põem em ordem lógica. Em um primeiro momento tem lugar o planejamento. Em seqüência surgem os instrumentos de execução do que foi planejado. No direito brasileiro os três Entes da Federação têm competência para ordenar o território. Entretanto, a definição do conteúdo jurídico do direito de propriedade urbana se dá em âmbito local, é dizer, é atribuição do Município (art. 30, I e VIII da Constituição). A atividade de planejamento urbano é um processo de várias etapas, seu produto final é o Plano Diretor.

A primeira etapa do planejamento é a realização do diagnóstico da situação atual existente. A partir deste inventário serão realizados os prognósticos futuros. Por imperativo constitucional, a prognose do desenvolvimento urbano no direito brasileiro é plasmada no plano diretor. Esse plano, para além de vincular a atividade urbanística da Administração e definir o conteúdo jurídico do direito de propriedade urbana, traça as bases da política urbana. Com efeito, é o plano diretor que irá estabelecer zonas de diferentes intensidades de uso no Município; que cria zonas ambientais e culturais a ser preservadas; que estabelece o real conteúdo do direito de construir dos particulares; que pode criar e delinear instrumentos jurídicos de recuperação de mais valia gerada nas propriedades urbanas em decorrência de investimentos do Poder Público; que cria instrumentos de concretização do princípio da isonomia no âmbito do Direito Urbanístico etc¹. Daí a importância do plano diretor no âmbito do direito urbanístico.

A legislação urbanística brasileira ainda é muito fragmentada. O regime jurídico do plano diretor não é tratado sistematicamente no plano normativo. Logo, não há uma dogmática jurídica consolidada. O Estatuto da Cidade foi parcimonioso na regulação dessa matéria. Tratou do tema em 04 (quatro) artigos. E, na maioria deles, repetiu o que já estava explícito ou implícito na Constituição. Apesar disso, as bases principiológicas estão lançadas, tanto na Constituição quanto no Estatuto da Cidade, e devem ser desenvolvidas pela doutrina jurídica. O estudioso do direito, frequentemente, ao se

¹ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Manual de Derecho Urbanístico. 21ª edição. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos. 2008.

deparar com normas que enunciam regras detalhadas sobre determinada matéria, lança críticas acerca da desnecessidade das regras, na medida em que já estariam todas elas contidas implicitamente em um princípio que lhes serve de supedâneo. O direito urbanístico, e mais notadamente a forma de incidência do direito intertemporal quando da criação, revisão e alteração do plano diretor que é objeto do nosso estudo, deverá fazer uso dessa lógica jurídica, e desenvolver-se a partir da principiologia que nos foi outorgada pela Constituição e diretrizes do Estatuto da Cidade. À doutrina jurídica caberá o papel indutor de criação de um sistema normativo coerente de planificação. Questões fundamentais como o procedimento de elaboração do plano diretor; os limites da discricionariedade das opções urbanísticas plasmadas no plano; a obrigatoriedade de inclusão de áreas de especial interesse social como concretização do direito à moradia; os limites de conformação da propriedade urbana adotados no plano diretor; a forma de caracterização da responsabilidade civil decorrente de opção urbanística adotada pelo plano diretor que viole o núcleo do direito de propriedade; e, principalmente, o modo de tratamento do direito adquirido no âmbito do direito urbanístico; ainda estão abertas em nosso sistema jurídico. A doutrina deve enfrentar essas e outras tormentosas questões a partir dos princípios e objetivos constitucionais, como o direito à moradia (art. 6º), à dignidade e à cidadania (art. 1º), à diminuição das desigualdades (art. 3º), à função social da cidade (art. 182), dentre tantos outros. O escopo desse trabalho perpassa a questão da adequada interpretação do princípio constitucional do planejamento urbano.

O plano de investigação científica envolve, em prefacial, a conceituação do direito urbanístico. Dentro do conceito são inseridas as atividades de planejamento, gestão e controle do ordenamento do território, destacando, de forma acentuada, a atividade de planejamento e o plano diretor.

Depois se enfrenta a relação entre o direito urbanístico e outras disciplinas, com o objetivo de demarcar as precisas fronteiras deste trabalho. Em contraposição à doutrina dominante, adota-se postura de autonomia do direito urbanístico em relação ao direito administrativo. A autonomia do direito urbanístico funda-se na existência de principiologia e instrumentos jurídicos próprios que dão identidade singular à disciplina.

Aborda-se, também, no curso do trabalho, o atual estágio do direito urbanístico em perspectiva comparada, dando ênfase ao sistema de planificação urbanística dos países europeus continentais, principalmente Portugal e Espanha. Nesses países já está

sedimentada a idéia de que o direito de propriedade urbana decorre das proposições contidas nos planos urbanísticos.

Em seqüência, trata-se do princípio do planejamento urbano, dando ênfase ao seu liame com a sucessão de leis no tempo. Com efeito, o método de produção do planejamento urbano produz efeitos na definição do momento de aquisição do direito à utilização dos parâmetros urbanísticos revogados.

A dissertação também compreende a tratativa do tema do processo administrativo cautelar na seara do direito urbanístico. A inspiração para a adoção das balizas do processo cautelar no curso de mudanças propostas nos instrumentos jurídicos de planejamento urbano é oriunda das medidas cautelares de plano do direito urbanístico europeu continental. Por meio dessas medidas confere-se à Administração Pública poderes para suspender os processos administrativos tendentes à concessão de licenças para parcelamento e edificação no solo urbano. Essa medida cautelar consta do direito positivo espanhol desde a vetusta Ley del Suelo de 1956, tendo sido aprofundada no texto refundido da Ley del Suelo de 1976². O direito urbanístico português também adota essa medida cautelar nos artigos 107 e seguintes do Decreto-Lei n° 380/99, que aprovou o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial em Portugal.

Busca-se por cobro à idéia de que o limite do poder discricionário no âmbito do planejamento urbanístico é próximo à criatividade do administrador público³. Neste ponto, ganha relevo a doutrina das limitações ao poder de ordenação do território decorrentes da interpretação constitucional do princípio do planejamento urbano.

O processo de elaboração do plano diretor também é tratado em capítulo apartado, dando-se ênfase a dois pontos centrais, quais sejam, a ausência completa de normas que definam o procedimento de elaboração do plano e as conseqüências jurídicas daí advindas e a relação existente entre as decisões tomadas no âmbito da

² Nesse sentido é a lição de Tomás-Ramón Fernández ao comentar o regime jurídico urbanístico espanhol no seu Manual de Derecho Urbanístico: “Con el propósito de allanar el camino a los planes y de evitar que sus futuras determinaciones resultaran hipotecadas por el normal discutir de la normativa precedente que aquéllos pretenden reformar, el Texto refundido de 1976, profundizando em la vía ya iniciada por la Ley de 1956, facultó a la Administración para acordar la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación y edificación (entendiendo por tal tanto la nueva construcción, como la reforma mayor equivalente a la reedificación y la destrucción o demolición: artículo 118 RP), desde el mismo momento em que decidiera proceder a la elaboración de nuevos Planes, Programas o Estudios de Detalle (artículo 117 RP)” (FERNÁNDEZ 2008/92-93)

³ OLIVEIRA. Fernanda Paula. Contratos para planeamento: da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal. Coimbra: Almedina, 2009.

participação popular na elaboração do plano, essa uma exigência constitucional, e as medidas efetivamente levadas a efeito pela Administração. Aqui se investiga a intensidade da vinculação entre decisões proferidas no exercício da participação popular e as opções urbanísticas adotadas pela Administração no Plano Diretor.

Enfrenta-se a questão do direito adquirido à utilização dos parâmetros urbanísticos contidos no plano diretor revogado, tecendo críticas à posição do Supremo Tribunal Federal, cristalizada desde o julgamento do recurso extraordinário 85.002/SP, que instituiu como marco para verificação do direito adquirido aos parâmetros do regime anterior o início da obra nos termos do projeto aprovado pela autoridade urbanística. Procura-se esquematizar o procedimento de licenciamento urbanístico, definindo todas as suas fases. Soma-se a esta idéia a noção do conteúdo e da função dos planos urbanísticos, para concluir que o direito adquirido surge a partir da concessão da licença para construir, e não do início da obra ou da conclusão das fundações como definido pelo Supremo Tribunal Federal.

A importância do estudo do tema (momento de cristalização do direito adquirido quando ocorre alteração ou revisão do plano diretor) decorre da profunda cisão existente entre a jurisprudência sedimentada no Supremo Tribunal Federal desde a década de 70 do século passado e o ordenamento jurídico urbanístico ditado pelos principais municípios brasileiros. Com efeito, entende o Supremo que a aquisição de direitos se dá com o início da obra⁴. No entanto, o ordenamento jurídico urbanístico dos maiores municípios brasileiros determina que esse momento se dá quando se apresenta o requerimento de licença urbanística é protocolado no órgão administrativo competente para decisão.

O tema central do estudo é definir o momento de constituição do direito à utilização de parâmetros urbanísticos contidos em um plano diretor revogado. A busca deste marco se dá exclusivamente a partir da conjugação dos princípios que garante o exercício do direito de propriedade e o planejamento urbano sustentável, ambos de estatura constitucional. Afastamo-nos, assim, tanto da jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal, quanto do marco estabelecido nas legislações urbanísticas municipais.

⁴ *Leading case* julgado em 1976 pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 85.002/SP, relator Ministro Moreira Alves).

CAPÍTULO I

IDENTIFICAÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO E SUA RELAÇÃO COM O PLANO DIRETOR

1. Conceito de direito urbanístico

O direito urbanístico brasileiro sofre dos males de sua precocidade, sua identidade ainda não é algo marcante, sua autonomia em relação a outras disciplinas jurídicas, notadamente o direito administrativo, ainda é muito questionada entre nós e mesmo alhures⁵, sua principiologia própria não serve de fundamento para decisão dos conflitos de interesses levados à apreciação do Poder Judiciário⁶. Não é de se estranhar então que seu conceito seja objeto de divergências doutrinárias, fruto de sua juventude⁷.

No entanto, o frescor e a escassa produção normativa do direito urbanístico não se nos afiguram impedimentos para sua conceituação. Com efeito, somente com a conceituação da disciplina poderemos definir seu objeto, e a partir desta definição identificar seus princípios peculiares.

Quais seriam então os elementos que compõem o conceito de direito urbanístico? Para responder esta questão se deve, preliminarmente, fazer distinção que se nos reputa conveniente, a saber, a distinção entre urbanismo e direito urbanístico. Essas duas realidades, embora intimamente ligadas, atuam em esferas e são condicionadas por princípios distintos. O urbanismo influencia na concepção de

⁵ Fernando Alves Correa, ao tratar das inflexões existentes entre o plano urbanístico e o princípio da igualdade, inclui o direito urbanístico no âmbito do direito administrativo (página 52 da tese de doutoramento publicada pela editora Almedina, intitulada ‘O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade’). Ao tratarmos da autonomia do direito urbanístico abordaremos esta temática com maior profundidade. (CORREIA, 2001: 52)

⁶ Liana Portilho Mattos abordou a deficiência de fundamentação das decisões judiciais sob a ótica do novo regime jurídico urbanístico. A autora fez o cotejo entre diversas decisões judiciais que aplicaram o princípio da função social da propriedade no direito brasileiro. A obra Nova Ordem Jurídico-Urbanística – Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais é fundamental para entender a evolução da aplicação do princípio da função social da propriedade pela jurisprudência brasileira. (MATTOS, 2006).

⁷ A juventude do direito urbanístico é sempre apontada como causa das divergências entre autores na conceituação de seus diversos institutos. Destaca-se o pensamento de Fernando Alves Correa: “Depois de aclarados, segundo supomos, os significados mais importantes do termo urbanismo, é ocasião de nos debruçarmos sobre o conceito de direito urbanístico. Esta missão não se apresenta nada fácil, uma vez que, como escreve R. CRISTINI, estamos perante um direito recente, experimental, ainda não definitivamente formado e que revela, por isso, os defeitos próprios da sua juventude. A consequência mais marcante do carácter recente desta disciplina jurídica consiste na ausência de uma elaboração dogmática capaz de criar, no domínio dos seus princípios básicos, uma autêntica “communis opinio”. Não se pode, pois, estranhar que as divergências da doutrina comecem pela própria noção de Direito Urbanístico.” (CORREIA, 2001: 49/50). Interessante notar que o autor, embora vaticine a tenra idade da disciplina, remonta suas origens ao direito romano e seus planos de alinhamento.

inúmeros instrumentos jurídicos, no entanto a interpretação desses instrumentos não se pode dar a partir dos elementos da ciência do urbanismo. Urbanismo é termo polissêmico. Fernando Alves Correia cita três acepções do termo. Trata do urbanismo como fato social, como técnica e como ciência⁸. Como fato social o urbanismo se liga ao acelerado processo mundial de urbanização⁹. O termo também é utilizado como técnica vocacionada à correção dos problemas oriundos da urbanização desenfreada. Por fim, o urbanismo é a ciência que estuda o ordenamento do solo em todas as suas acepções, tanto urbanas quanto rurais¹⁰, adaptando-o às exigências da sociedade. Sendo o solo um bem escasso por natureza, tem o urbanismo a função de otimizar o uso desse recurso para a satisfação dos interesses de toda coletividade.

A partir do momento que as técnicas do urbanismo são internalizadas pelo direito ganham uma nova dimensão. Passam, a partir deste momento, à categoria de normas. À técnica urbanística é somada a força cogente do direito. O direito não incorpora todas as técnicas do urbanismo, seja porque algumas já se encontram ultrapassadas, seja por expressa opção do legislador no momento de criação do direito. Somente as técnicas e ideologias incorporadas pelo direito devem ser levadas em razão de conta pelo exegeta no momento da interpretação da norma, o restante ficará confinado no mundo do urbanismo. O urbanismo se apresenta então como elemento que está subjacente ao direito urbanístico, mas que com ele não se confunde. Essa ponderação é assaz importante em uma seara aberta à forte tendência interdisciplinar. Com efeito, não se pode interpretar o direito a partir de concepções pessoais do intérprete sobre técnicas do urbanismo não incorporadas pelo sistema jurídico. O direito urbanístico é, antes de mais, um conjunto sistemático de normas, estas entendidas aqui na concepção de Robert Alexy de princípios e regras.

Trata-se, pois, de conjunto sistemático de normas que têm por função a ordenação do território urbano. Vê-se, assim, a ligação entre o urbanismo e o direito urbanístico. O urbanismo desenvolve técnicas tendentes a ordenar o solo. Já o direito incorpora algumas dessas técnicas, transformando-as em técnicas do direito urbanístico.

⁸ (CORREIA, 2006).

⁹ O termo urbanização é entendido como malefícios advindos do frenético crescimento da população urbana, que no Brasil se deu de forma mais acentuada na década de 70 do século XX. Toma-se de empréstimo a noção de José Afonso da Silva: “Emprega-se o termo “urbanização” para designar o processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. Não se trata de mero crescimento das cidades, mas de um fenômeno de concentração urbana.” (SILVA, 2008:26).

¹⁰ Fernando Alves Correia cita Gaston Bardet, que na obra *L’Urbanisme*, utiliza a expressão ‘urbanismo’ e não ‘urbanismo’, dando ênfase à expansão do conceito da ciência do urbanismo. (CORREIA, 2001:48).

No entanto, ao nosso juízo, afirmar que o direito urbanístico é conjunto sistemático de normas que tem por objeto a ordenação do território urbano não delimita o conceito que nos propomos a enunciar. É preciso acrescentar ao conceito a forma como é realizada a ordenação do território urbano.

A ordenação do território se dá por meio da regulação das atividades de parcelamento, ocupação e uso do solo urbano. Essas operações se dão tanto no mundo fenomênico, quanto no mundo normativo, nesta ordem. O processo de parcelamento do solo transforma a área indivisa, também conhecida como gleba, em área parcelada. A área parcelada é dividida em lotes. O parcelamento do solo urbano é regido pela Lei Federal 6.766/79. A ocupação do solo urbano é a segunda operação regulada pelo direito urbanístico. Após a transformação da gleba em lotes, é dizer, após o parcelamento do solo urbano, admite-se a ocupação do solo¹¹. A ocupação aqui é tida como sinônima de edificação. Ocupar é edificar. O lote é a unidade própria para o recebimento da edificação. A edificação é regida no Brasil pelos Planos Diretores, Leis de Uso e Ocupação do Solo Urbano e Códigos de Obras, devendo, ainda, observar as normas de vizinhança contidas no Código Civil¹². Vencida esta etapa, o direito urbanístico irá cuidar da forma de uso da edificação. As normas urbanas também se ocupam das atividades que podem ser desenvolvidas nos imóveis. Quanto maior a infraestrutura urbana existente, maior os usos admitidos pelas leis urbanísticas. Essa, aliás, uma diretriz do Estatuto da Cidade (art. 2º, VI, 'c', da Lei Federal nº 10.257/2001).

Este tipo de ordenação do território pode ser designado de 'ordenação-controle'. O controle das operações de parcelamento, ocupação e uso do solo urbano se dá por

¹¹ Conclui-se dessa afirmação que o direito veda a construção no solo urbano ainda não parcelado. Somente após concluído o processo administrativo de parcelamento do solo urbano é que se admite a edificação. Logo, todas as licenças para construir expedidas em solo não parcelado são nulas. Mesmo as glebas que darão lugar a uma única construção devem ser objeto de prévio processo de parcelamento do solo. Nesse sentido, o parcelamento do solo pode gerar inúmeras quadras e lotes ou único lote. O processo de parcelamento do solo irá controlar o impacto decorrente da utilização da área para fins urbanos, independentemente do número de lotes oriundos do parcelamento. Esta assertiva possui importantes consequências jurídicas. As leis urbanísticas exigem a transferência de parte da área a ser parcelada ao Poder Público. A área transferida fica vinculada ao uso coletivo. Assim, de alguma forma, mitiga-se o impacto urbano ambiental produzido pelo parcelamento da gleba. A mitigação deste impacto deve ser exigida tanto nos casos em que do parcelamento do solo redundar vários lotes ou apenas um lote. Não rara vez, a construção existente em um único lote, v.g., um hospital ou um órgão público, geram mais impacto urbano que um conjunto de lotes em que se admite apenas a utilização para fins residenciais. É por essa razão que a transformação de uma área indivisa em um único lote deve ser considerada parcelamento do solo para fins de transferência de áreas para o Poder Público Municipal.

¹² Não adotamos neste trabalho a distinção realizada por Fernando Alves Correa entre direito urbanístico e direito de construir. Esse autor português ainda faz referência à distinção, comum na Alemanha, entre direito de construir público e direito de construir privado. (CORREIA, 2006).

meio dos clássicos instrumentos do direito administrativo, a saber, licenças, autorizações, fiscalizações, notificações administrativas, multas, embargo de obras etc. Há, no entanto, outra forma de se ordenar o território, à qual denominamos ‘ordenação-planejamento’. O planejamento urbano antecede o controle urbano das operações de parcelamento, ocupação e uso do solo. O controle é realizado com fundamento no planejamento urbano plasmado nos Planos Diretores Municipais. Por isso o planejamento é tido como a figura central do direito urbanístico. Neste sentido, o direito urbanístico é tido como um ramo do direito prospectivo. Ele não apenas cria suas normas com base nas realidades hauridas do tecido social. Para além disso, ele tem por escopo alterar a realidade de hoje, transformando-a na realidade prevista nos planos urbanísticos. É o que ocorre quando uma lei urbanística prevê a revitalização de uma dada área urbana. A partir do inventário das potencialidades da região estudada, criam-se normas que têm por objeto sua transformação. Por isso se diz que o direito urbanístico é prospectivo, traça o futuro do perfil da cidade. O plano tem a pretensão de impedir que a cidade cresça desordenadamente, ao léu. O plano impõe um programa que vincula tanto a Administração como os particulares. Alcançada a meta estabelecida é momento de se efetuar nova planificação. Não há direito urbanístico sem planejamento, por isso entendemos crucial abordar a dimensão do planejamento no conceito de direito urbanístico¹³.

Não se pode também descurar dos instrumentos jurídicos de execução do plano. Com efeito, as propostas contidas no plano são levadas a cabo a partir da criação de instrumentos de gestão territorial pelo legislador. Esses instrumentos permitem a atuação efetiva da Administração no meio ambiente urbano. O direito urbanístico não se limita às operações de comando e controle. Ao reverso, se coloca como um ramo do direito operativo, que tem a pretensão de mudar a realidade a partir de ações concretas do Poder Público. A isso denominamos ‘ordenação-gestão’.

¹³ Estas notas colhidas na obra de Fernando Alves Correia traduzem bem o liame entre planejamento e direito urbanístico que acabamos de afirmar: “A ligação estreita do direito urbanístico ao instituto do plano constitui uma singularidade desta disciplina no contexto geral da ciência do direito. A relação entre o direito urbanístico e o plano é de tal ordem que não é possível conceber o direito urbanístico sem o plano. Com efeito, uma administração e uma prática urbanísticas realizadas ao acaso, não enquadradas nas metas e nos meios definidos por um plano, são realidades que repugnam ao hodierno sistema jurídico urbanístico.” (CORREIA, 2001:167).

Já tratamos de três dimensões nucleares do direito urbanístico (‘ordenação-controle’, ‘ordenação-planejamento’ e ‘ordenação gestão’)¹⁴. Resta ainda abordar outra característica de suas normas. Com efeito, o planejamento e o controle urbano são conformadores do direito de propriedade imobiliária urbana. Ao exercer esta atividade o Estado define o conteúdo do direito de propriedade. Neste momento se definem as potencialidades construtivas dos imóveis, v.g, seus usos possíveis, a altimetria da futura construção, a taxa de permeabilidade do solo, o coeficiente de aproveitamento dos lotes etc. A conformação da propriedade pelos planos, notadamente pelo plano diretor municipal, tem fundamento na própria Constituição da República, que no seu artigo 182, § 2º, dispõe que a propriedade cumpre sua função social quando atende as normas contidas no plano diretor. Há, no entanto, limites a essa conformação. O legislador não pode, à guisa de conformar o exercício do direito de propriedade à função social, anular todo o conteúdo deste direito. Fica, então, sedimentada a ideia de que a conformação da propriedade urbana é uma das características fundamentais do direito urbanístico.

A ordenação do território não é um fim em si mesmo. O próprio direito público, não obstante somente há pouco venha se preocupando com o alcance de metas como forma de legitimação, pode ser visto como instrumento na busca do interesse público. Os objetivos a ser alcançados pelo direito, notadamente o direito urbanístico de que cuidamos, estão previstos na norma. A Constituição traduz alguns objetivos da ordenação territorial em seu art. 182, caput. Ali está descrito que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Os objetivos constitucionais específicos unem-se aos objetivos e fundamentos constitucionais gerais previstos nos artigos 1º e 3º de nossa Carta, tais são a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a redução das desigualdades sociais. As leis ordinárias também definem objetivos a ser perseguidos pela ordenação territorial. Destaque especial deve ser conferido ao art. 2º do Estatuto da Cidade (Lei

¹⁴ Adotamos, assim, a divisão do direito urbanístico proposta por Ricardo Estévez Goytre em seu manual de derecho urbanístico, que ao comentar o regime jurídico do direito urbanístico espanhol propôs a seguinte divisão da disciplina: “A efectos sistemáticos puede el Derecho Urbanístico dividirse em tres grandes grupos: *el planeamiento urbanístico*, donde se concretan las normas del uso del suelo y la edificación; *la gestión urbanística*, em cuya virtud se ejecutan las previsiones del planeamiento, mediante los sistemas de compensación, cooperación o expropiación; e la *disciplina urbanística*, concepto que aglutina las más variadas actuaciones urbanísticas y que podría identificarse com la acción o la intervención urbanística, incluyéndose en este grupo las licencias urbanísticas, la declaración de edificaciones en estado de ruína, las ordenes de ejecución y, finalmente, las infracciones urbanísticas y sus sanciones.” (GOYTRE, 2010:71).

Federal nº 10.257/2001). Esse artigo é manancial inexaurível onde se deve abeberar o intérprete das normas de direito urbanístico. Ali, para além do depósito de toda a nova principiologia do direito urbanístico brasileiro¹⁵, está o núcleo dos objetivos a ser alcançados pela ordenação territorial, a saber, busca do meio ambiente equilibrado, universalização do direito à moradia, transporte, trabalho, lazer, infra-estrutura urbana, serviços públicos adequados, dentre tantos outros. Todos esses objetivos estão descritos no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade. Essa norma teve o mérito de positivizar o conceito de cidade sustentável. O direito urbanístico tem dentre suas características a ordenação do território urbano (ordenação-planejamento que citamos acima). O território urbano é ordenado na busca de cidades sustentáveis. Os elementos de uma cidade sustentável estão descritos em norma cogente. Essa ordem de idéias nos permite afirmar que o direito urbanístico, mais especificamente os planos diretores municipais, devem ser dotados de instrumentos jurídicos que, pelo menos, permitam o alcance destes objetivos. Como não há planejamento sem objetivo a ser atingido, entendemos que os

¹⁵ De fato, o art. 2º do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) é depositário de uma gama princípios jurídicos que aproxima o direito urbanístico brasileiro do direito urbanístico praticado na Europa Continental. As bases dessa principiologia são os princípios do planejamento urbano sustentável e da função social da propriedade. Traça-se um quadro resumido dos princípios contidos no art. 2º do Estatuto: 1º - necessidade de participação popular na formulação, execução e acompanhamento de qualquer plano urbanístico, e não apenas o plano diretor (inciso II e XIII); 2º - cooperação entre entes públicos e privados, base do direito urbanístico concertado, afastando-se, tanto quanto possível, a prática de atos administrativos discricionários no âmbito da execução da política urbana (incisos III e XVI); 3º - princípio do planejamento urbano - impede ações administrativas pontuais que estejam em desacordo com as diretrizes do planejamento (inciso IV); 4º - direito urbanístico com função pública, na medida em que se põe como função primária do Estado a oferta de equipamentos públicos e comunitários (inciso V); 5º - função social da propriedade, o dispositivo veda a utilização inadequada dos imóveis (inciso VI, 'a' e 'e'); 6º - compatibilidade de usos dentro de uma mesma região, mandamento decorrente do princípio do planejamento urbano sustentável (inciso VI, 'b'); 7º - binômio infra-estrutura urbana x adensamento ocupacional. Esse é verdadeiro postulado do direito urbanístico brasileiro. Esse binômio é a bússola da autoridade urbanística na instituição dos diversos índices urbanísticos (v.g., coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação, altimetria etc.), quanto maior a infra-estrutura, maior será a capacidade de adensamento ocupacional da região planejada (inciso VI, 'c' e 'd'); 8º - interface entre os direitos urbanístico e ambiental – a valorização ambiental é um dos escopos da ordenação do território. (incisos VI, 'g', VIII, XII, XIII); 9º - complementaridade dos espaços urbanos e rural. Essa diretriz principiológica é a matriz da obrigação de inclusão de todo o território do Município (incluindo aí as áreas rurais) no planejamento urbano. (inciso VII); 10º - reflexos do princípio da igualdade no direito urbanístico, a partir da exigência de justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização e recuperação de mais valias nos imóveis decorrente de investimento público (incisos IX e XI); 11º - direito à moradia que decorre da exigência de regularização fundiária de assentamentos informais (incisos XIV e XV).

Todo esse cabedal de princípios deve ser utilizado pelo jurista para conferir sistematização ao direito urbanístico. Essa imensa gama de princípios confere coerência ao sistema. Para além disso, esses princípios devem ser usados pelo hermenêuta como vetor na interpretação das normas urbanísticas. As possibilidades abertas por esta norma são imensas e despertam para a necessidade de desenvolvimento da dogmática jurídica urbanística. O estudo do regime jurídico do plano diretor, objeto deste trabalho, é apenas um instrumento de concretização de um desses princípios, que é o planejamento urbano sustentável.

objetivos da ordenação territorial previstos na Constituição e normas infraconstitucionais estão abarcados pelo conceito de direito urbanístico.

Após essas breves digressões em torno de temas centrais do direito urbanístico, entendemos que esse ramo do direito pode ser conceituado como o conjunto sistemático de normas que regulam a ordenação do solo urbano, por meio do planejamento, do controle e da gestão das operações de seu parcelamento, ocupação e uso, conformando o direito de propriedade imobiliária urbana, para a concretização do direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Afastamo-nos daqueles que conceituam o direito urbanístico a partir do núcleo ‘organização de espaços habitáveis’¹⁶. Essa locução, ao nosso juízo, não externa as principais atividades disciplinadas por este ramo do direito. O direito urbanístico ganhou novos ares com a promulgação da Constituição de 1988 e com a entrada em vigor do Estatuto da Cidade. Embora ainda haja grande deficiência legislativa, especialmente no que toca à competência da União para editar normas gerais sobre a matéria¹⁷, entendemos que o conceito da disciplina deve buscar sustentação no direito posto. Isso explica a referência à expressão ‘ordenação-planejamento’, que conta com suporte no art. 182, § 2º, de nossa Constituição. A expressão ‘ordenação-controle’ das

¹⁶ O Professor José Afonso da Silva publicou em 1982 a obra ‘Direito Urbanístico Brasileiro’, que ainda é referência entre nós. Àquela época contávamos apenas com a Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79) como marco normativo da disciplina. A ausência do marco legal não foi empecilho para o notável trabalho desenvolvido por este grande mineiro. Seu espírito vanguardista foi buscar na doutrina jurídica europeia os conceitos básicos necessários para o desenvolvimento do direito urbanístico no Brasil. A obra do Professor José Afonso não se contentou com os rasgos puramente ideológicos que sempre dominaram este ramo do direito. A obra tem o condão de demonstrar que é possível fazer doutrina jurídica séria com olhar sempre atento aos interesses difusos e coletivos que dominam o direito urbanístico. O professor José Afonso da Silva conceitua direito urbanístico como ‘conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade’. Conforme apontado acima, afastamo-nos deste conceito, não por entendê-lo portador de vício insanável, mas por compreender que o conceito de uma disciplina jurídica deve, tanto quanto possível, abarcar os grandes temas por ela curados. Ao nosso juízo o planejamento urbano é o palco, o coração do direito urbanístico. Se o direito urbanístico tivesse que ser resumido em uma palavra, diríamos que ele se resume em um plano. Um plano com características especialíssimas, na medida em que trata de matéria muito cara a todos os cidadãos brasileiros. Por isso fizemos questão de fazer referência ao planejamento no conceito de direito urbanístico. Não nos descaramos, no entanto, da função de controle urbanístico, na conformação do direito de propriedade urbana, nas operações materiais de parcelamento, ocupação e uso do solo, e, por fim, os nobres objetivos da regulação. Trata-se, apenas, de um conceito analítico da disciplina. Esta nota para nós é da mais fundamental importância, pois, infelizmente, tornou-se rotina no direito público brasileiro a tentativa de desqualificar o trabalho dos grandes mestres.

¹⁷ Há no Congresso Nacional dois projetos de lei que irão conferir maior sistematização ao direito urbanístico. Um cria a denominada lei de responsabilidade territorial e o outro cria o estatuto da metrópole. Ambos irão traçar um quadro mais homogêneo para a atuação das autoridades urbanísticas dos Municípios brasileiros.

atividades de parcelamento, ocupação e uso do solo urbano estão expressamente previstas no art. 30, VIII, da Constituição. Já os escopos do direito urbanístico (busca de cidades sustentáveis) estão expressamente previstos no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade¹⁸.

Há uma conflituosidade intrínseca no conceito apresentado. As normas que ordenam o território, a um só tempo, buscam a efetivação dos direitos difusos e coletivos e conformam o direito de propriedade. Estamos diante de um clássico conflito entre direitos fundamentais, que será solucionado por meio de ponderação. O plano pondera os diversos interesses públicos e privados que se entrecrocaram quando da ordenação do território. Essa é mais uma função do Direito Urbanístico.

O conceito proposto tem como elementos o ‘planejamento urbano’, o ‘controle urbano’, a ‘gestão urbana’, as atividades de ‘parcelamento, ocupação e uso’ do solo urbano e o escopo da regulação, que é a produção de ‘cidades sustentáveis’. O objeto deste trabalho é o estudo do regime jurídico do direito adquirido no âmbito do principal instrumento de concretização do planejamento urbano, que é o plano diretor.

Há, então, necessidade de se fazer um corte metodológico no conceito apresentado. Não trataremos aqui do planejamento urbano em si, nem da atividade de controle urbano. O trabalho abordará o estudo de um dos instrumentos de gestão territorial urbana (o plano diretor). Entretanto, não será realizado estudo de todos os aspectos do plano diretor. A dissertação abordará o estudo do processo de elaboração do plano diretor e do processo de licenciamento urbanístico apenas na medida em que se fizer necessário para o desenvolvimento da temática central que é o estudo do regime jurídico do direito adquirido no âmbito do direito urbanístico.

2. Autonomia do Direito Urbanístico

¹⁸ Nosso conceito aproxima-se do conceito trabalhado por Fernando Alves Correa na doutrina jurídica portuguesa. Entende esse autor que “o direito do urbanismo é o conjunto de normas e institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo de intervenções e da forma de utilização deste bem (para fins de urbanização e de construção, agrícolas e florestais, de valorização e proteção da natureza, de recuperação de centros históricos, etc.)” (Manual de Direito do Urbanismo, p. 58). Não incorporamos, entretanto, a finalidade agrícola entre as atividades disciplinadas pelo direito urbanístico. Embora reconheçamos a estreita conectividade entre o meio ambiente urbano e rural, o que ficará patenteado quando tratarmos das linhas distintivas entre o direito urbanístico e o direito agrário.

A ideia de autonomia implica sempre a existência de pelo menos duas grandezas. Nada é autônomo em relação a si mesmo. Autonomia importa alguma ordem de independência em relação a algo.

Assim, ao tratar da autonomia do direito urbanístico, o que se faz é cotejar as bases deste ramo do direito com aqueles que lhe são afins, para concluir se um ramo goza de independência em relação aos demais.

A autonomia de uma determinada disciplina jurídica surge a partir do momento em que suas questões são solucionadas por meio de principiologia própria. A nova carga axiológica vem acompanhada de diplomas normativos que, para além de positivizar os novos princípios, instituem regras que desenvolvem a nova principiologia. Logo, a autonomia da disciplina jurídica não prescinde de um corpo normativo próprio.

A interpretação a partir de princípios próprios e o corpo normativo devem vir acompanhados de uma doutrina especializada, que dê suporte ao crescimento da disciplina, servindo de âncora tanto para o legislador quanto para o julgador.

O direito urbanístico brasileiro, já se afirmou neste trabalho, é uma realidade nova. Para nós ele se desgarrar do direito administrativo com a promulgação da Constituição de 1988. Isto não se dá unicamente pela inclusão da expressão ‘direito urbanístico’ no art. 24, I, da nossa Carta Magna, ao tratar da competência concorrente entre Estados, Distrito Federal e União para legislar sobre o tema, mas sim em razão da extração de princípios constitucionais exclusivos do direito urbanístico. Esse é o caso do princípio da função social da propriedade, extraível do art. 182, § 2º da Carta. Esse princípio cumpre várias funções no direito urbanístico. Além de se afirmar como um postulado, é dizer, necessário para a compreensão do sistema normativo, é viga-mestra do sistema¹⁹, seu pilar, irradiando sua densidade valorativa para inúmeras regras. Outro princípio próprio é o do planejamento urbano, sua fonte normativa está inserta no artigo 182, § 1º da Constituição. Esse princípio tem entre seus consectários a força de evitar mudanças casuísticas na norma que contém o planejamento. Outro princípio peculiar é o da obrigatoriedade de participação popular no processo de criação das normas que

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello tem a seguinte compreensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico: “Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”. (MELLO, 2006, p. 902/903).

tratam do planejamento urbano, contido no art. 29, XI, da Constituição. Propositamente, não foram citados os princípios do art. 37, caput, que regem a atividade da Administração Pública (legalidade, moralidade, impessoalidade, isonomia e eficiência). Esses princípios, a todas as luzes, têm aplicação no âmbito do direito urbanístico. No entanto, não são intestinos ao direito urbanístico. Aplicam-se ao direito urbanístico da mesma forma como se aplicam a todos os ramos do direito público.

Possui também o direito urbanístico campo normativo próprio. Se é certo que não possuímos um código de direito urbanístico, ao modo de uma França ou Alemanha, estamos em um caminho inexorável de sistematização do direito urbanístico. A pluralidade de sistemas normativos decorrente da competência do Município para ordenar o solo urbano foi por longo tempo um freio à sistematização do direito urbanístico. Torna-se extremamente difícil a sistematização de uma disciplina desenvolvida a partir do poder legiferante de milhares de Municípios, cada um com uma peculiaridade urbana própria. Entretanto, as normas gerais sobre a questão urbana, hoje de competência da União, devem exercer o papel de unificação dos princípios e conceitos básicos da disciplina em toda a República. Essa é a função do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001), da Lei de Parcelamento do Solo (Lei Federal nº 6.766/79), das inúmeras Leis Federais que tratam sobre o tema da habitação²⁰. Essas normas gerais, em última razão, definem ‘*standarts urbano-ambientais*’ que deverão ser necessariamente observados pelos legisladores estaduais e municipais²¹.

Podemos também falar de um crescente desenvolvimento doutrinário do direito urbanístico. Carlos Ari Sundfeld apresenta constatação em tudo pertinente ao afirmar que o direito urbanístico vem sendo construído menos pela elaboração de obras que abordam todos os aspectos da disciplina, e mais por trabalhos que abordam pontos específicos, já são inúmeras as dissertações de mestrado e teses de doutoramento defendidas nas universidades brasileiras e os artigos científicos publicados em periódicos especializados. O desenvolvimento da doutrina é reflexo do processo de normatização que o direito urbanístico vem conhecendo nas últimas décadas no Brasil.

²⁰ Lei Federal nº 4.591/64; Lei Federal nº 10.188/2001; Lei Federal 11.124/2005, dentre outros diplomas normativos.

²¹ Exemplo de standart urbanístico definido em norma geral editada pela União é a limitação administrativa que veda a edificação em uma faixa de 15 metros de cada lado, ao longo das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias (art. 4º, III da Lei Federal 6.766/79). Com efeito, não pode o Município definir padrão inferior ao previsto na norma geral. O padrão é instituído em prol do interesse coletivo. Logo, nem mesmo os órgãos da União que tem competência para zelar pelas rodovias e ferrovias podem abrandar a exigência legal que não é criada em benefício da pessoa jurídica.

Em função da existência de principiologia peculiar, de sistema normativo próprio e de doutrina jurídica que avança na interpretação do sistema de princípios e regras de direito urbanístico entendemos que esse ramo do direito ganhou autonomia em relação a disciplinas que lhe são mais afins, como o direito administrativo, o direito ambiental, o direito civil e o direito agrário.

3. Interface entre o Direito Urbanístico e o Direito Administrativo

Sempre que o tema da autonomia e interface entre ramos do direito é trazido à baila surge a afirmação de que o direito é uno. Trata-se, com efeito, de um sistema de normas que pode ser subdividido em subsistemas normativos. Cada subsistema gozará da autonomia e terá a interface com outras disciplinas que lhe for conferida pelo sistema. A primeira utilidade na detecção dos diversos subsistemas é a criação de parâmetros próprios para interpretar o objeto de cada ramo do direito. Há outras utilidades nesse estudo, como, v.g., solucionar questões relativas a eventuais conflitos de competência legislativa e administrativa nas diversas searas do direito. A União possui competência privativa para legislar sobre direito civil e direito agrário. Já a competência para legislar sobre direito urbanístico é concorrente. Não há como solucionar eventuais conflitos de competência sem antes delimitar o objeto dessas disciplinas.

Todos os ramos do direito público possuem alguma interface com o direito administrativo. Esse ramo do direito possui institutos jurídicos largamente desenvolvidos pela doutrina, e que são tomados de empréstimo pelos demais ramos do direito público. É o que ocorre com a noção de ato administrativo. A noção de ato administrativo é a mesma, esteja a autoridade no exercício de uma competência de direito tributário (a efetuar um lançamento tributário), no exercício de uma competência ligada ao direito previdenciário (a aplicar multa ao cidadão que não recolheu as contribuições devidas), no exercício de competência de direito ambiental (a expedir um licença prévia para realização de estudos ambientais), ou no exercício de uma competência de direito urbanístico (a expedir uma licença para construir).

Outro instituto desenvolvido originariamente nos limites do direito administrativo, e largamente utilizado pelos demais ramos do direito, é o conceito de poder de polícia²². A idéia de limitar o exercício da liberdade e da propriedade em benefício do interesse coletivo não é privativa do direito administrativo²³. Outras disciplinas tomam os contornos do poder de polícia talhados no direito administrativo, e os utilizam para obtenção dos mais variegados efeitos. É o que ocorre com o direito tributário, que se utiliza do conceito de poder de polícia para criação de uma exação fiscal. Com efeito, o exercício da competência administrativa decorrente do poder de polícia permite aos Entes Federados a instituição de taxas²⁴.

O direito urbanístico também se utiliza, e em larga medida, do conceito de poder de polícia desenvolvido pelos administrativistas. Afirmamos que o direito urbanístico pode ser subdividido nas atividades de ‘planejamento’, ‘gestão’ e ‘controle’ do parcelamento, ocupação e uso do solo urbano. A atividade de controle urbanístico é desenvolvida com fundamento no princípio da função social da propriedade e do poder de polícia²⁵. Ao conceder a licença para construir, a autorização para parcelamento do

²² São inúmeros os autores de nomeada que criticam essa expressão que carrega em si elevado ranço de autoritarismo. Carlos Ari Sundfeld, em substituição, propõe a terminologia ‘*poder ordenador*’.

²³ Celso Antônio Bandeira de Mello define o poder de polícia nos seguintes termos: “*Atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo*” (MELLO, 2006, p. 787).

²⁴ O mesmo ocorre com os serviços públicos, a teor de disposições do Código Tributário Nacional.

²⁵ As noções de função social da propriedade e limitações administrativas decorrentes do poder de polícia não se confundem. O princípio da função social da propriedade define internamente o conteúdo do direito de propriedade. Assim, os direitos de usar, gozar e fruir inerentes ao domínio serão exercidos de forma a atender não somente as necessidades individuais do proprietário, mas também o interesse social. A função social do direito está na própria definição do conceito de propriedade. As limitações administrativas, que possuem seu fundamento no poder de polícia, são externas ao conteúdo do direito de propriedade urbana. Restringem o exercício do direito, mas não lhe definem o conteúdo. As penalidades decorrentes do descumprimento da função social no exercício do direito de propriedade são distintas daquelas decorrentes da violação de regra criadora de eventual limitação administrativa. A inobservância da função social faz incidir as penalidades do parcelamento e edificação compulsórios, o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Lado outro, as penalidades decorrentes do descumprimento de limitações administrativas, invariavelmente, são as multas, embargos de obra etc., é dizer, as clássicas penalidades do direito administrativo. Nesse sentido é a vetusta lição de José Afonso da Silva, que buscou amparo em Pedro Escribano Collado: “O princípio da função social da propriedade tem sido malferido na doutrina brasileira, obscurecido, não raro, pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Não se confundem, porém. Limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário; enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo. A funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ele sempre teve uma função social. Quem mostrou isso expressamente foi Karl Renner, segundo o qual a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorreu houve transformação na estrutura interna do conceito de “propriedade”, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer

solo urbano ou a licença de uso o poder público municipal restringe o exercício do direito de propriedade em prol do interesse coletivo, e o faz preventivamente, delineando no ato administrativo de concessão da licença as condições para o exercício do direito. Do mesmo modo, quando fiscaliza a construção de uma obra particular, faz incidir seu poder de polícia, agora concomitantemente ao exercício do direito de propriedade. Por fim, ao aplicar multas, interditar estabelecimentos, embargar obras, também exerce poder de polícia, agora posteriormente ao exercício do direito.

Logo, a atividade de polícia exercida pelo Estado é a mesma tanto nas esferas tributária, ambiental ou urbanística, a distinção está no bem jurídico que se visa tutelar com a limitação do exercício da liberdade e da propriedade. No direito tributário o objeto da tutela é a arrecadação tributária, no direito ambiental é a preservação do meio ambiente natural, no direito urbanístico a busca do meio urbano sustentável.

O que se acaba de afirmar não significa que o direito tributário, previdenciário, ambiental e urbanístico estejam contidos no direito administrativo. O direito administrativo desenvolve as atividades de fomento, intervenção, poder de polícia e serviço público há mais de 200 anos. Logo, além de conveniente, é recomendável que as demais disciplinas se abeberem nesta fonte. No entanto, nada impede que os institutos do direito administrativo sejam adaptados, revistos ou mesmo alterados em razão das peculiaridades do bem jurídico a ser tutelado em cada ramo do direito público. É o que ocorre, v.g., com as licenças ambientais e urbanísticas. O EIA (Estudo Prévio de Impacto Ambiental) e o EIV (Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança) trazem subjetividade ao processo administrativo tendente à concessão destas licenças. Esses estudos podem indicar a necessidade de indeferimento do pedido destas licenças, em função da excessiva degradação do meio ambiente natural ou urbano. As licenças podem também não ser renovadas após o término do prazo de sua validade, desde que

expressamente que “a propriedade atenderá a sua função social”, mas especialmente quando reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da sociedade capitalista, sem socializá-la; um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. A função social – assinala Pedro Escribano Collado – “introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo”, constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da sua garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo.” (SILVA, 2008, p. 75/76)

não sejam atendidas as mesmas condições existentes quando de sua concessão, por isso se diz em boa doutrina que elas são concedidas *rebus sic stantibus*²⁶.

A partir dessas constatações acacias, surge a questão de saber se a utilização de institutos jurídicos do direito administrativo faz com que o direito urbanístico seja considerado seu apêndice, ou um ramo especial do direito administrativo²⁷. A autonomia de um dado ramo do direito decorre da sua submissão a principiologia própria. O direito urbanístico é regido pelos princípios do planejamento urbano, função social da propriedade e participação popular na formação de planos. Esses princípios são específicos desse ramo do direito. Possui, também, sistema normativo próprio, além de possuir doutrina jurídica em estágio de consolidação. Esses são os três elementos que fazem uma disciplina ganhar autonomia. Assim, ao nosso juízo, a utilização, com algumas alterações e revisões de efeitos, de alguns institutos do direito administrativo pelo direito urbanístico, antes de vaticinar a subsunção do direito urbanístico ao direito

²⁶ Esse é o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins em artigo intitulado Regime Jurídico da Licença Ambiental, publicado na Revista de Direito Ambiental. O autor faz distinção entre a licença ambiental para instalação de atividade e a licença ambiental para instalação de obra, concluindo que a licença concedida no primeiro caso jamais se estabiliza, em outras palavras, pode ser revogada com fundamento em interesse público superveniente. Eis uma das conclusões do autor: “*Os direitos, em regra, são passíveis de aquisição definitiva, mas existem alguns que não o são. Dentre esses, na maioria das vezes, o sistema não prevê o direito, mas permite à Administração decidir se o institui ou não, hipóteses em que o ato administrativo instituidor recebe doutrinariamente o nome de autorização. Em raríssimos casos, o próprio sistema prevê direitos não passíveis de aquisição definitiva. O direito declarado pela licença ambiental, conclui-se, é uma dessas hipóteses: está subordinado constantemente à proibição de poluição não tolerada, é um direito rebus sic stantibus.*” (REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. Vol. 40.) Essas idéias calham ao sistema de licenciamento urbanístico dependente de estudo impacto de vizinhança – EIV-.

²⁷ Sônia Rabello posiciona-se em senda diametralmente oposta. Segundo a autora a utilização pelo direito urbanístico de categorias do direito administrativo, a exemplo das licenças urbanísticas, o torna inexoravelmente dependente do direito administrativo. Essa a síntese do pensamento da autora: “A questão central que importa, no momento, verificar é se o direito urbanístico é, ou pode ser, um subsistema jurídico autônomo, não só do ponto de vista conceitual, mas também sistemático, com relação ao direito administrativo; em outras palavras, ainda que se possa definir um espaço didático próprio para o direito urbanístico, indagamos se ele já se desenvolveu a ponto de prescindir dos princípios, conceitos e categorias de direito administrativo. (...) Assim, no estágio atual do direito urbanístico no Brasil, não vejo como se possa supor que ele prescinda do direito administrativo. Pelo contrário, o direito administrativo é o sistema usado pelas normas urbanísticas que pautam as relações jurídicas entre o poder executivo e o cidadão, no trato das questões urbanas. Nesse sentido é que a “autonomia” do direito urbanístico ainda não é uma autonomia de subsistema jurídico, mas uma unidade de conceitos técnicos, de diretrizes metajurídicas, de valores urbanísticos na lei como tal. A lei federal define quais os valores urbanísticos devem ser adotados nas políticas urbanas (art. 2º da Lei 10.257/2001) e, a partir daí, as relações jurídicas pertinentes àquele objeto devem passar a ser tratadas e lidadas, pelos Estados e Municípios, segundo as finalidades explicitadas na lei. O direito urbanístico terá autonomia somente quando vier a definir para si categorias jurídicas diferenciadas daquelas já existentes nos outros subsistemas existentes; quando, por exemplo, definir um poder de polícia urbanístico com características especiais, diferentes do poder de polícia comum da administração pública e, decorrentemente, com campo de aplicação e efeitos próprios e diferenciados. E isto ainda não é o que ocorre. (REVISTA DE DIREITO DA CIDADE. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2006, Vol. 1, p. 197 e seguintes, artigo ‘Direito Urbanístico e Direito Administrativo: imbricação e inter-relações’).

administrativo, fundamenta a sua autonomia²⁸. Em outras palavras, a interface existente entre esses dois subsistemas de direito, que se dá com a utilização pelo direito urbanístico de vetustos institutos jurídicos desenvolvidos pelo direito administrativo, não infirma a autonomia do direito urbanístico.

O direito urbanístico também possui instrumentos jurídicos de gestão do território que não encontram paralelo no direito administrativo. Alguns desses instrumentos são concretizações do princípio da patrimonialização do direito de construir que foi implicitamente adotado pelo Estatuto da Cidade²⁹. A outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir são dois desses institutos.

²⁸ A corrente a que nos filiamos é também minoritária na doutrina estrangeira. Por todos destacamos o entendimento de Fernando Alves Correia em Portugal, que faz referência sobre entendimento similar encontrável na doutrina italiana: “No que respeita à natureza do direito do urbanismo, embora haja quem o considere um ramo autónomo do direito, a tese claramente maioritária perspectiva-o como uma parte ou uma área especial do direito administrativo. A inserção do direito do urbanismo no âmbito do direito administrativo ancora-se numa pluralidade de fatores, designadamente na natureza das relações jurídicas que constituem o seu objeto (relações jurídicas administrativas, que são, frequentes vezes, de caráter multipolar, poligonal ou multilateral), no leque de instrumentos jurídicos nele predominantes (regulamentos, actos administrativos, contratos administrativos e responsabilidade administrativa), nas garantias administrativas e contenciosas no mesmo vigentes, na sua génese e evolução históricas (de facto, as primeiras regras jurídicas do urbanismo surgiram por obra dos municípios e estenderam-se depois ao Estado, que são os sujeitos principais de direito público) e, bem assim, na finalidade das suas normas (a resolução de uma situação conflitual entre o interesse público, traduzido no ordenamento do espaço, e o interesse individual, representado no direito de propriedade privada do solo). Apesar de não revestir a natureza de um ramo autónomo da ciência jurídica, deve reconhecer-se ao direito do urbanismo uma substantividade própria que se expressa no facto de matizar, adaptar e, às vezes, até rectificar os princípios e categorias gerais do direito administrativo.” (CORREIA, 2006, p. 63)

²⁹ Em artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte defendemos a existência da patrimonialização do direito de construir como princípio de direito urbanístico extraível dos instrumentos de gestão do Estatuto da Cidade. Naquela oportunidade asseveramos: “Outros princípios constitucionais norteiam o novo direito urbanístico brasileiro. No entanto, tratarei de princípio que decorre mais diretamente do Estatuto da Cidade. Trata-se da patrimonialização do direito de construir. Este princípio está na raiz dos novos instrumentos jurídicos disciplinados no Estatuto da Cidade. Institutos como a solo criado (outorga onerosa do direito de construir), a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas são exemplos de uma mudança de paradigma. O direito de construir passa a ser considerado não mais uma mera faculdade do direito de propriedade, mas sim como instituto que pode ser dissociado da propriedade, que tem vida própria, que pode ser considerado bem objeto de comercialização independente da propriedade. Essa a nova diretriz interpretativa do direito de construir, que irá gerar efeitos profundos sobre a interpretação dos institutos do direito urbanístico. A separação entre direito de construção e direito de propriedade do solo tem suas origens em velhos institutos do direito urbanístico. O loteamento e a contribuição de melhoria são exemplos clássicos. Para que o empreendedor possa lotear determinada gleba (área indivisa), deve antes se desincumbir de determinados ônus urbanísticos. Com efeito, deve o loteador dotar a área que se pretende lotear de estrutura urbana mínima, é dizer, tem ele a obrigação de implantar os equipamentos urbanos necessários para o futuro uso coletivo da área. As galerias pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário, energia elétrica e aberturas de vias públicas são exemplos de equipamentos públicos que devem ser implantadas pelo loteador. Ora, os índices urbanísticos estão intimamente ligados à infra-estrutura que se exige do loteador. Quanto maior a infra-estrutura exigida maior serão os índices urbanísticos construtivos do particular. Assim, não se pode dizer que o direito de construção é mero apêndice do direito de propriedade, mera faculdade exercitável a qualquer tempo, desde que respeitadas as limitações urbanísticas. Ao reverso, os índices estão ligados a uma obrigação de fazer do particular. Diante dessa constatação é que Vitor Carvalho Pinto propõe a questão dos limites da atuação do Poder Público na

Por meio desses instrumentos o potencial construtivo pode ser deslocado entre as propriedades existentes em determinado centro urbano, desde que respeitados os requisitos constantes das leis municipais. A operação urbana consorciada é outro instrumento de concretização do princípio do planejamento urbano. Admite-se, sob certas condições, a alteração de coeficientes construtivos previstos nos planos urbanísticos, desde que haja o correlato aumento de infra-estrutura urbana. Trata-se de instrumento que abre as portas do nosso ordenamento para a contratualização do direito urbanístico³⁰. Esses instrumentos, por óbvio, devem ser interpretados à luz dos princípios próprios do direito urbanístico. Por mais essa razão, entendemos que o direito urbanístico é autônomo em relação ao direito administrativo, embora tome de empréstimo as bases de alguns de seus institutos³¹.

4. Interface entre o direito urbanístico e o direito civil

O direito civil tem sua origem remota no direito romano. Todos os diplomas civilistas que vigoraram no continente europeu, e que influenciaram em larga medida

redução do coeficiente de aproveitamento de determinada área loteada pelo particular. Se o loteador cumpriu o ônus que lhe incumbia, se dotou a área com infra-estrutura tal que comportasse a construção com altos índices construtivos, não pode o Poder Público alterar unilateralmente esses coeficientes, sob pena de impor sacrifício demasiado sob os ombros de um único proprietário. Percebe-se, de forma um tanto clara, que a teoria que vê no direito de construção mera faculdade do direito de propriedade gera insegurança jurídica. O mesmo raciocínio pode ser usado para fundamentar a necessidade de captura das mais valias que o proprietário obtém em decorrência de intervenções urbanas patrocinadas pelo Poder Público. Se os coeficientes são diretamente proporcionais à infra-estrutura lançada pelo particular, não pode ele ter sua propriedade valorizada à conta de obras custeadas por toda a coletividade. A patrimonialização do direito de construir exige que o Poder Público capture a mais valia gerada na propriedade particular em decorrência da realização da obra pública. A relação que envolve o direito de construir é sinalagmática. Essa concepção afasta a especulação imobiliária que sempre marcou a propriedade urbana no Brasil. Não se pode mais admitir que o proprietário subutilize a propriedade, enquanto aguarda melhorias urbanísticas patrocinadas pelo Estado que venha valorizar o imóvel.” (REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, Vol. 1, p. 336/337).

³⁰ Sobre a contratualização do direito urbanístico em Portugal conferir CORREIA, Jorge André Alves. *Contratos Urbanísticos: concertação, contratação e neocontratualismo no direito do urbanismo*. Coimbra/Portugal: Almedina, 2009. OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Contratos para planeamento: Da consagração legal de uma prática, às dúvidas práticas do enquadramento legal*. Coimbra/Portugal: Almedina, 2009. LEITÃO, Alexandra. *A contratualização do Direito do Urbanismo*, Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente. Coimbra/Portugal: Almedina, 2006, n° 25/26.

³¹ Sobre a existência de institutos próprios de direito urbanístico que fundamental sua autonomia conferir FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Coletânea de Legislação Urbanística: Normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p 16.

nosso código civil de 1916, tinham origem no direito romano. A legislação civil portuguesa, notadamente as ordenações afonsinas, manuelinas e filipinas, foi aplicada no Brasil até a edição do nosso vetusto código civil de 1916. O cipoal de normas civis existentes foi consolidado por Teixeira de Freitas, que apresentou esboço do primeiro código civil brasileiro. O código de então tinha nítido viés individualista, preocupava-se sobretudo com a regulação de questões relacionadas ao patrimônio dos indivíduos, dando pouca ênfase ao sujeito de direito, é dizer, à pessoa e sua dignidade. Este Código teve vigência entre nós por quase um século, e serviu de fundamento para decisão de diversos conflitos de interesses respeitantes ao direito público³². Ocorre que a ideologia individualista e patrimonialista do código civil era insuficiente para regular questões atinentes a direitos coletivos e difusos. No entanto, o processo de urbanização acelerado da segunda metade do século passado, deu-se sob o influxo desse diploma legal. Por óbvio, não possuía o código civil instrumentos jurídicos suficientes para a contenção da ocupação desenfreada do solo urbano. A Lei Federal nº 6.766/79, editada com espeque na competência da União para legislar sobre direito civil, tentou por cobro a esta ocupação desordenada, para tanto criou parâmetros rígidos para o parcelamento do solo urbano. Um olhar perfunctório para as grandes cidades brasileiras demonstra que esta lei não cumpriu seu desiderato.

Esse brevíssimo bosquejo da história de aplicação das leis civis no Brasil permite extrair uma constatação inexorável, qual seja, a de que a solução de questões relativas ao controle urbano do uso do solo se deu sob o influxo do código civil patrimonialista.

O novo código civil de 2002, não obstante tenha dormitado longos anos nas gavetas do Congresso Nacional, o que fez com que não incorporasse novas ideias que já campeavam na doutrina, trouxe alguns avanços na disciplina do direito de propriedade. Caso paradigmático de avanço do código civil de 2002 na disciplina jurídica da propriedade urbana é a instituição da perda da propriedade urbana pelo abandono (art. 1275, III c/c art. 1276, ambos do código civil). Doravante, o imóvel urbano que se encontrar abandonado pelo proprietário por mais de três anos, não estando na posse de terceiros, poderá ser arrecadado pelas municipalidades. O direito posto presume de modo absoluto, presunção que não admite prova em contrário (presunção *jure et de*

³² O Código de 1916 regulamentou institutos de relevo para o direito administrativo e urbanístico como a responsabilidade civil do Estado, a retrocessão nas desapropriações e, principalmente, o regime jurídico da propriedade e da posse.

jure), a intenção de abandono pelo não pagamento do imposto predial e territorial urbano durante esse período.

Outra grande novidade do Código Civil de 2002 que tem estreita interface com o direito urbanístico é a criação do instituto da desapropriação judicial. Com efeito, pode o juiz declarar de interesse social áreas extensas ocupadas por mais de 05 anos por número considerável de pessoas, fixando, em sentença judicial, o valor da justa indenização (art. 1228, § 4º e 5º do Código Civil).

Os dispositivos legais citados recomendam leitura menos individualista das relações de propriedade. O direito civil deve ser interpretado a partir das bases constitucionais que o informam. A Constituição garante a propriedade como direito fundamental. No entanto, subordina seu exercício ao cumprimento de funções sociais previstas na própria Constituição. Os limites ao exercício deste direito não se encontram apenas nas limitações administrativas instituídas por lei e com fundamento no poder de polícia. A necessidade de preservação do meio ambiente natural, da conservação do patrimônio cultural, da sustentabilidade do meio urbano, da busca da dignidade humana, são objetivos constitucionais que vinculam o exercício do direito de propriedade. É como se o constituinte tivesse dito, o exercício dos poderes decorrentes do domínio somente se legitimam a partir do cumprimento dos propósitos constitucionais. O direito civil constitucional em sua interface com o direito urbanístico não mais sustenta o exercício do direito de propriedade a partir da ótica exclusivamente econômica. Assim, a manutenção de lotes vazios e de imóveis residenciais desocupados nos grandes centros urbanos é, por exemplo, conduta ofensiva ao ordenamento constitucional³³.

Não há uma propriedade civil e outra urbanística. Há a propriedade imobiliária urbana constitucional, que condiciona as relações entre os particulares (v.g., quando

³³ A União recentemente criou o programa habitacional denominado 'minha casa, minha vida'. O programa tem objetivo nobre. Com efeito, procura criar condições para que as pessoas de baixa renda tenham acesso à moradia digna. Ocorre que o programa foi baixado por medida provisória, sem discussão prévia com os técnicos que militam na área urbanística, principalmente os técnicos das secretarias municipais de habitação das grandes capitais brasileiras. Não é demais lembrar, que nas grandes cidades brasileiras o número de imóveis vazios costuma ser superior ao déficit habitacional. Salta aos olhos as centenas de imóveis abandonados nos centros da maioria das capitais brasileiras. Logo, a política de construção de moradias em larga escala deve ser combinada com a criação de instrumentos jurídicos que combata a retenção especulativa de imóveis. Da forma como posto, o programa minha casa minha vida irá agravar um sério problema urbano enfrentado nas grandes centrados, que é o inchaço das periferias que não possuem serviços públicos adequados. Com efeito, o uso do instituto do abandono previsto no Código Civil combinado com o instrumento da utilização compulsória de imóveis urbanos, mostra-se poderoso instrumento para combate do déficit habitacional. No entanto, há que reconhecer, que esse tipo de política goza de pouca visibilidade na mídia, razão pela qual não goza da preferência dos sucessivos governos.

traça limites ao despejo do locatário) e entre estes e o Poder Público (v.g., quando regula a forma de ocupação e uso da propriedade urbana).

Não se pode afirmar peremptoriamente que o direito civil não se presta à solução de quaisquer problemas urbanos. O instituto do abandono acima comentado é prova da possibilidade de uso de instrumentos contidos no Código Civil para solução de problemas urbanos. O que não encontra mais amparo é a interpretação de institutos do direito civil com ênfase reforçada nos interesses privados do proprietário, olvidando-se da função social que compõe o conceito de propriedade.

5. Interface entre o direito urbanístico e o direito agrário

A doutrina invariavelmente afirma que o direito agrário e urbanístico são dimensões que se excluem, na medida em que o primeiro se prestaria a regular o uso do espaço rural, enquanto o segundo ordenaria o uso do espaço urbano. A distinção entre as disciplinas não é meramente acadêmica, pois a Constituição confere competência privativa à União para legislar sobre direito agrário (art. 22, I) e concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico (art. 24, I).

Os espaços urbano e rural possuem natureza complementar. A cidade depende do campo para sua sobrevivência. Se há interdependência entre as realidades urbana e rural, se nos afigura errônea a afirmação de exclusão absoluta entre estes dois ramos do direito.

Com efeito, a técnica da expansão urbana, vista como crescimento da cidade para além de suas muralhas, impacta sobretudo o espaço rural, ao ponto de decretar sua extinção, transformando-o em espaço urbano. Assim, o espaço que antes era regulado pelo direito agrário, passa a ser regulado pelo direito urbanístico. Eis aí uma relação estreita entre o direito agrário e o direito urbanístico. Com efeito, a criação de áreas de expansão urbana, que se dá no exercício da competência de direito urbanístico exercida pelos Municípios é o ponto nodal de interface entre estes dois troncos do direito.

O Município possui competência constitucional para ordenar o parcelamento, a ocupação e o uso do seu solo e o faz por meio de vários instrumentos jurídicos, dentre eles destacando-se o plano diretor. Esse plano, para além de definir a função social

mínima no exercício do direito de propriedade, deve englobar todo o território do Município, incluindo na locução ‘todo’ também sua zona rural (art. 39, § 2º do Estatuto da Cidade). Essa competência, no entanto, deve ser exercida com parcimônia. Não pode o Município, à guisa de planejar a ordenação de seu território, atuar na definição da política agrária. Não pode, por exemplo, definir o tamanho mínimo ou máximo das propriedades rurais. Do mesmo modo, não pode definir a forma de aproveitamento adequado desse espaço, para fins de cumprimento da função social da propriedade. No entanto, pode o Município decidir sobre o destino do espaço rural, quando este interferir nas atividades desenvolvidas no meio urbano. Assim, o meio rural que já sofre interferência do meio urbano, em razão da proximidade entre os espaços, em razão das peculiares características do meio rural, possuindo elementos típicos do meio urbano, pode ser declarado área urbana ou de expansão urbana.

O direito urbanístico atua sobre o direito agrário, em um primeiro momento, para definir o espaço que será objeto de regulação por cada um desses ramos do direito, sendo-lhe vedado tratar de qualquer questão relativa à política de gestão do solo rural. No entanto, alguns recursos naturais existentes no solo rural são fundamentais para as atividades urbanísticas. A preservação de recursos ambientais que se mostrem fundamentais para os habitantes das cidades (exemplo de manancial de água que abastece a cidade localizado na área rural do Município) pode ser objeto de regulação pelo direito urbanístico. Essa área pode ser incluída no Plano Diretor como de especial interesse urbano-ambiental para o desenvolvimento da vida na urbe. Nesse sentido, a competência para tratar do espaço rural somente surge quando ficar patente que a atividade ali desenvolvida repercute no espaço urbano.

O direito posto ordena que o planejamento incida sobre todo o território do Município (zona urbana e rural). No entanto, esta regulação se limita aos aspectos da dinâmica do solo rural que influenciam, de algum modo, na vida urbana. Mesmo detectada a influência da destinação dada ao solo rural no desenvolvimento do espaço urbano, não pode o Município, na intenção de regular essa complementaridade, baixar normas que interfiram na forma de produção agrícola.

6. Interface entre o direito urbanístico e o direito ambiental

Os pontos de contato entre as disciplinas do direito urbanístico e ambiental são intensos. Fernando Alves Correa³⁴, ao comentar o ordenamento jurídico urbanístico português, cita três teorias distintas para explicar essa íntima relação. A primeira classifica o direito ambiental como ramo do direito urbanístico. Essa tese é advogada pelo administrativista italiano M. S. Gianini, para quem o meio ambiente é resultado da planificação territorial empreendida pelo Estado. Como bem destacou Fernando Alves Correa *‘esta doutrina encerra um princípio verdadeiro, que é a consideração do interesse do ambiente como um dos objetivos de planificação territorial.’*³⁵ No entanto, não pode ser adotada, pois cada uma dessas disciplinas têm objetos e princípios que lhe são próprios. A segunda tese sobre a inter-relação entre essas disciplinas classifica o direito urbanístico como parte integrante de outro ramo maior, que seria o direito ambiental. Para essa teoria o caráter globalizante do direito ambiental, que atinge os demais ramos do direito com a idéia de proteção ao meio ambiente justificaria a submissão dos demais ramos ao direito ambiental. Não há justificativa lógica para essa assertiva. A idéia de proteção ao meio ambiente é universal. Outros ramos do direito, notadamente o direito urbanístico, são dotados de instrumentos que internalizam a proteção ao meio ambiente. Entretanto, os vários ramos do conhecimento jurídico possuem princípios e métodos próprios de investigação científica, afastando-se, nesse sentido, a idéia de submissão aos princípios próprios do direito ambiental. A terceira teoria, intermediária, trata o direito urbanístico e ambiental como ramos autônomos da ciência jurídica. Entretanto, intimamente conexos. Adotamos esse último entendimento.

A estreita conexão entre essas duas disciplinas exige uma leitura harmônica do art. 182 (política urbana) e do art. 225 (meio-ambiente), ambos da Constituição da República. O regime jurídico de uso do solo não pode desconsiderar a proteção ambiental. Do mesmo modo, a proteção às áreas de preservação não pode desconsiderar as necessidades vitais dos habitantes das cidades (circulação, habitação, trabalho e lazer).

Com efeito, a autonomia dessas disciplinas não impede a utilização de instrumentos jurídicos de controle dessas duas realidades que se imbricam, visto que se aplicam, simultaneamente, ao mesmo espaço territorial.

³⁴ (CORREIA, 2006).

³⁵ (CORREIA, 2006/94).

O direito ambiental pode ser delimitado em diversos círculos concêntricos, que traduzem o caráter total ou parcialmente ambiental da norma jurídica. Há um núcleo central que tutela especificamente o meio ambiente. Paralelamente, outros ramos do direito sofrem a influência das normas de direito ambiental. Essas, no entanto, não constituem seu objeto central. Esse é o caso do Direito Urbanístico, que sofre a influência do direito ambiental, na medida em que as regras de ordenação dos espaços habitáveis internalizam a idéia de proteção ao meio ambiente.

É nesse sentido que Fernando Alves Correa, ao discorrer sobre o atual estágio do direito urbanístico europeu, afirma que esse ramo do direito está cada vez mais *qualitativo*.³⁶

O direito urbanístico tem deixado paulatinamente seu caráter fragmentado e não institucionalizado, decorrente da distinção de tratamento da matéria por cada Município, tornando-se cada vez mais *qualitativo*, na medida em que suas normas têm por escopo, além da ordenação de espaços habitáveis, a proteção do meio ambiente, valorização do patrimônio histórico, renovação de áreas urbanas degradadas, criação de áreas de proteção de paisagens naturais etc.

Por óbvio, o mesmo se dá com o planejamento urbano realizado no Brasil. Os planos diretores de diversos Municípios internalizaram a idéia da valorização ambiental como um dos elementos a serem perseguidos pelo plano. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade é prenhe de diretrizes que promovem o entrelaçamento entre as dimensões urbana e ambiental. O art. 2º, inciso IV, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) é exemplo clássico do que se acaba de afirmar. Esse dispositivo legal reza que o planejamento do desenvolvimento das cidades deve-se dar de modo a evitar efeitos negativos sobre o meio ambiente.

A interseção entre as duas disciplinas não ficou somente na seara do planejamento urbano. O direito positivo criou diversos instrumentos jurídicos de atuação conjunta das duas dimensões. Esse é o caso das operações urbanas consorciadas, consideradas parcerias publico privadas do direito urbanístico brasileiro, que são conceituadas como o conjunto de intervenções urbanísticas, coordenadas pelo Poder Público, em parceria com o particular, cujo objetivo pode ser a valorização ambiental de determinada região. Outro instrumento é a transferência do direito de construir, por meio do qual se admite o exercício do direito de construir em outro local,

³⁶ (CORREIA, 2006/96).

quando o imóvel do particular é considerado fundamental para fins de preservação ambiental. Do mesmo modo o direito de preempção, que confere preferência ao Poder Público na aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa, quando o bem alienado for considerado necessário para fins de criação de unidades de conservação ou proteção de áreas ambientais.

Lado outro, o princípio da prevenção, largamente desenvolvido no direito ambiental, pode ser utilizado no direito urbanístico para fundamentar a suspensão de concessão de licenças para construir quando em andamento elaboração, alteração ou revisão de Planos Urbanísticos.

O que se quer aqui realçar é a recepção pela Constituição da convivência íntima entre o direito urbanístico e o ambiental, através da constitucionalização do direito ao meio ambiente urbano sustentável, com a finalidade de promover o bem-estar dos habitantes das cidades, conforme estabelecido no art. 182, *caput*, da Constituição. Não se pode mais falar em constituição ambiental ou em constituição do urbanismo³⁷, mas sim em constituição do meio ambiente urbano.

Ao nosso juízo, a constitucionalização do meio ambiente urbano exige a utilização de novos métodos interpretativos das normas ambientais incidentes no meio ambiente antropizado, ponderando-se os interesses de preservação ambiental e de ocupação dos espaços habitáveis, noutras palavras, sopesando o direito ambiental e o direito de propriedade.

7. Constitucionalização do direito urbanístico

As constituições liberais tinham como ideário a organização e racionalização do exercício do poder. Trataram, então, de criar regras de competência que separavam o exercício do poder entre os órgãos por ela criados. O poder também era limitado pela enunciação de um catálogo de direitos fundamentais. Com efeito, esses direitos se punham como barreiras ao exercício do poder. Eram garantias de índole essencialmente

³⁷ A expressão ‘constituição do urbanismo’, muito usada pela doutrina europeia para tratar da incorporação das questões urbanas na Constituição, ainda não foi desenvolvida pela doutrina brasileira. Esse trabalho não é dedicado ao tema, cabendo aqui referência à tese de doutoramento de FERNANDO ALVES CORREA intitulada ‘O Plano Urbanístico e o princípio da igualdade’, publicada pela Editora Almedina, Coimbra.

negativas. Protegia-se a liberdade e a propriedade da classe que emergiu vitoriosa das reformas liberais do fim do século XVIII. O princípio da legalidade possui centralidade neste sistema. A lei é garantia formal máxima do catálogo de direitos fundamentais. Isso porque o Estado somente poderia limitar esses direitos por meio da lei. Garantia-se, ainda, um núcleo essencial mínimo dos direitos fundamentais consagrados. Esse núcleo era impenetrável até mesmo pela lei. Esse é o paradigma do estado de direito.

As garantias negativas decorrentes da enunciação de direitos fundamentais mostraram-se insuficientes para regular a complexidade das relações que se estabeleciam. As constituições passaram a se ocupar da enunciação de prestações positivas. Começam então a atuar no domínio econômico, cultural e social. A partir da concretização dos direitos sociais enunciados, busca-se a igualdade material entre os cidadãos. Ocupa-se, também, de disciplinar a participação popular no exercício do poder, não se contentando apenas com a primazia da democracia representativa. Para além da consagração de direitos sociais, as constituições modernas começaram a consagrar princípios fundamentais de vários ramos do direito, tanto público quanto privado. Notáveis avanços foram sentidos na seara do direito civil, notadamente no campo das relações de família. Nossa Constituição não se mostrou alheia a todo este processo que teve seu início na Europa continental. Legatária que sempre foi das tradições jurídicas européias, inseriu em seu texto princípios informadores de diversos ramos do direito, dentre eles do direito urbanístico.

Esse processo desembocou em verdadeira revolução na forma de compreensão dos diversos ramos do direito. A lei perde sua centralidade para a Constituição. Afirmar a centralidade da Constituição não é apenas dizer que ela constitui o vértice da pirâmide do sistema. Isso seria o óbvio. Ao se afirmar que a lei não goza mais de primazia no sistema, admite-se que os princípios constitucionais materiais sejam desenvolvidos por outros instrumentos que não a lei. Nesse sentido, nada impede que o administrador público desenvolva princípios constitucionais de urbanismo ou meio ambiente previstos na Constituição, mesmo que para isso limite o exercício do direito de propriedade. Em casos assim, é de relevo pontificar que a norma principiológica já está contida na Constituição, o que faz o administrador público é explicitá-la, ou seja, é deixar patenteado que determinado comportamento exigível é extraível do princípio constitucional positivado.

Interessa-nos, a esta altura, demonstrar como se deu a constitucionalização do direito urbanístico pela Constituição de 1988³⁸. Pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro a Carta Magna abre um capítulo para tratar exclusivamente da política urbana. Com efeito, o Capítulo II do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), em seus artigos 182 e 183 revoluciona o direito do urbanismo nacional. O planejamento urbano e seu principal instrumento de atuação, o plano diretor, são alçados ao centro do sistema. O Plano Diretor passa a ser instrumento básico da política urbana, tornando-se obrigatório para os Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes (art. 182, § 1º da CR88). É também o Plano Diretor que promove o que já se chamou de concretização do princípio da função social da propriedade, na medida em que esta função é atendida quando o proprietário observa os ditames contidos no Plano Diretor (art. 182, § 2º da CR88). Não se quer com isso afirmar que a função social da propriedade se resume aos princípios e regras estabelecidos no Plano. Mas que o Plano se põe como o conteúdo mínimo do atendimento da função social pelos proprietários de imóveis urbanos, pois evita a incidência das sanções do parcelamento e edificação compulsória, IPTU (imposto predial e territorial urbano) progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública criadas pela própria Constituição (art. 182, § 4º da CR88). É nessa medida que se afirma que a Constituição concretizou ou densificou o princípio da função social da propriedade urbana. O que a Constituição fez foi criar uma regra (art. 182, § 2º) para se apurar a mínima observância de um princípio.

O constituinte de 1988 também se ocupou do direito à moradia. Constitucionalizou o instituto da usucapião pró-moradia (art. 183, caput, da CR88), fazendo expressa referência não apenas aos títulos de domínio, mas também à concessão de uso que se estende à propriedade pública. Para além da constitucionalização da usucapião, o constituinte derivado fez inserir no plexo de direitos sociais o direito à moradia (Emenda Constitucional nº 26/2000 que alterou o art. 6º da CR88), reforçando a obrigação do Estado no desenvolvimento de políticas públicas de habitação.

Grande avanço também se deu na seara da divisão de competências legislativas e administrativas. A Constituição de 1988 pela primeira vez faz uso do termo ‘direito

³⁸ Segundo Tomás-Ramón Fernández, em seu Manual de Derecho Urbanístico: “La promulgación de una nueva Constitución que proyecta su influencia de un modo u outro sobre todos y cada uno de los aspectos de la vida colectiva y que obliga a reajustar todas las piezas del ordenamiento jurídico sin excepción alguna. (FERNÁNDEZ, 2008/27).

urbanístico'. E o faz para criar competência legislativa concorrente neste âmbito entre a União e os Estados-Membros (art. 24, I da CR88). O art. 24, I caminha *pari passu* com o art. 182, caput, pois este último afirma que a política de desenvolvimento urbano deverá ser executada pelos Municípios de acordo com diretrizes gerais previstas em lei. As diretrizes gerais foram editadas pela União, a um só tempo, com fincas no art. 182, caput e no art. 24, I que lhe concede poderes para editar normas gerais sobre direito urbanístico. Neste ponto andou bem o constituinte, pois promoveu a sistematização e organização do direito urbanístico em todo território nacional. A União tem agora a competência para criar a norma-quadro do sistema. É essa norma geral que irá ditar a principiologia a ser obrigatoriamente seguida pelos Estados e, principalmente, pelos Municípios brasileiros, esses últimos com competência para a execução da política de desenvolvimento urbano.

Ao Município foi dado papel de destaque na quadra do direito urbanístico. Com efeito, os Municípios brasileiros não se limitam a meros executores das diretrizes gerais de política urbana definidas pela União, como pode parecer de uma leitura apressada do art. 182, caput, da CR88. Os Municípios brasileiros legislam sobre direito urbanístico com base no art. 30, I da CR88 (assuntos de interesse local) e no art. 30, VIII da CR88 que reza competir ao Município a promoção do adequado ordenamento territorial. O ordenamento territorial se faz pela edição do Plano Diretor. Este, por sua vez, é aprovado pela Câmara Municipal de Vereadores. Logo, tem natureza jurídica formal de lei. Conclui-se, então, que não obstante tenha sido o Município excluído do rol de Entes competentes para legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, ele o faz com base em competência privativa, instituída pelo art. 30, I e VIII e art. 182, § 1º da CR88. Isso se comprova a partir da criação, por diversos Municípios, de instrumentos de gestão urbanística que não encontram paralelo nas normas gerais editadas pela União. É o caso, v.g., das concessões urbanísticas incluídas nos planos diretores municipais de São Paulo e Belo Horizonte, e que não foram sequer citadas no art. 4º do Estatuto da Cidade ao enumerar o rol de instrumentos jurídicos de gestão urbanística.

A Constituição também concede à União poder para elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território (art. 21, XII, da CR88). Mais adiante iremos tratar da relação existente entre o poder de ordenação do território da União e do Município (art. 30, VIII, da CR88).

A participação popular no planejamento urbano recebeu tratamento constitucional. O art. 29, XII, da CR88 a cooperação de associações representativas no planejamento municipal. Esse princípio foi desenvolvido pelo legislador ordinário federal, que criou um capítulo sobre a gestão democrática das cidades na lei federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) e elevou à categoria de infração punida com as penas da lei de improbidade administrativa a ofensa à participação popular no planejamento urbano (art. 52, VI, do Estatuto da Cidade).

As reflexões que se acabam de lançar permite que se afirme a existência de um sistema constitucionalizado de direito urbanístico. A coerência proveniente da ideia de sistema é encontrada na identificação de princípios constitucionais que irão se irradiar por toda a complexa legislação urbanística brasileira. Os princípios do planejamento urbano, da função social da propriedade, da participação popular, da garantia ao direito de propriedade, além da distribuição constitucional de competências, garantem a harmonia do sistema, podendo concluir, tal qual Fernando Alves Correa fez ao comentar o regime jurídico do direito do urbanismo português³⁹, pela existência no direito brasileiro de uma constituição do urbanismo.

8. Contratualização do Direito Urbanístico

Já se disse em outra passagem que o direito urbanístico não se contenta com a criação de normas que irão ordenar o território. Para além disso, procura alterar a realidade urbana diagnosticada, usando, para tanto, de instrumentos de gestão que buscam alcançar os prognósticos contidos nos planos urbanísticos. Trata-se da passagem de um urbanismo sancionador, ou de polícia, para um urbanismo ativo, operacional, que se preocupa com o alcance das metas definidas nos planos urbanísticos.

A ordenação do território a partir da criação de normas que irão conformar o direito de propriedade urbana (função legislativa) e controlar as atividades que visam a

³⁹ (CORREIA, 2010).

transformar o solo urbano (função administrativa) é própria do Estado. É por isso que se afirma que o direito urbanístico é uma função pública⁴⁰.

Entretanto, o fato de se tratar de uma função eminentemente pública não afasta o particular da gestão urbanística. Nosso direito positivo garante a isonomia de condições entre particular e poder público nas atividades relativas ao processo de urbanização (art. 2º, XVI, do Estatuto da Cidade). Subjacente a essa diretriz está a endógena ausência de recursos estatais para custear todas as fases do processo de urbanização.

A contratualização no direito urbanístico está inserida em um contexto maior que é a consensualização da ação administrativa. A consensualização significa a retirada do ato administrativo como ponto de partida do agir administrativo. O foco da atuação da Administração Pública centra-se na concertação, é dizer, no diálogo com o particular na formulação da decisão administrativa. Houve um aumento na participação dos cidadãos no cotidiano da atividade administrativa. No direito urbanístico esse aumento de participação, com incremento de legitimidade democrática, foi sentido no âmbito de formação do plano diretor. Com efeito, a participação popular tornou-se requisito constitucional de constitucionalidade das leis municipais que editam os planos diretores (art. 29, XII, da CR88)⁴¹.

⁴⁰ Essa idéia é corrente entre nós, como se desume da pena de Daniela Campos Libório di Sarno: ‘Assim, dizer que o Estado deva cumprir suas funções é o gênero, no qual a conformação do direito urbanístico à função pública é espécie. O exercício de ordenar os espaços habitáveis de certo núcleo urbano, conferindo-lhes equilíbrio e harmonia na convivência de suas múltiplas formas, é mais uma espécie das diversas funções que o Estado possui. Analisando por outro prisma, podemos afirmar que as consequências que determinam o urbanismo como função pública se refletem principalmente na atualidade, quando o Poder Público vê-se compelido a se desfazer de seus serviços e atividades, passando-os para a iniciativa privada. Se assim fizer, no tocante aos elementos do direito urbanístico, o Poder Público jamais poderá se furtar a estabelecer normas jurídicas urbanísticas (função legislativa), nem deixar de fiscalizar eventuais atividades urbanísticas delegadas a particulares até sua conclusão (função administrativa).’ (DI SARNO, 2004/45). A doutrina europeia também advoga a tese do direito urbanístico como função precipuamente pública. Nesse sentido o escólio de Jorge André Alves Correa: “Ora, a concepção de urbanismo como uma tarefa ou função pública explica que aos municípios seja confiada a elaboração e aprovação dos planos municipais de ordenamento do território, de regulamentos municipais sobre urbanizações e edificações, bem como, em geral, a gestão urbanística, ou seja, a competência para praticar os actos de controlo das actividades que se traduzem na realização de transformações urbanísticas no solo (v.g., licenciamento e comunicação prévia das operações de loteamento e das obras de urbanização e das obras de edificação). (CORREIA, 2009/27).

⁴¹ Sobre a generalização do consenso, com um giro da ‘Administração unilateral’ para a ‘Administração consensual’ destacou Jorge André Alves Correa: “Vivemos num momento histórico em que se assiste ao crescimento e aparente consolidação de uma “Administração por contrato”, a um “movimento da autoridade para o contrato”, ao florescimento de uma retórica do consenso e ao reconhecimento de inovadoras aplicações da forma contratual na acção pública, realidade essa que, apesar da sua flagrante actualidade, não se perfila como um fenómeno exclusivo do nosso tempo. Nas palavras de GIANNINI, “a maior parte das relações contratuais da Administração Pública enquadram-se em esquemas já conhecidos ou provenientes da experiência jus-privatística.” (CORREIA, 2009/16).

Essa mudança de paradigma deve-se à evolução do Estado liberal para o Estado social. O Estado liberal abstencionista cumpria seu desiderato a partir da utilização, quase que exclusiva, do ato administrativo. Era a fase da Administração de autoridade. O Estado social assume deveres prestacionais sociais e econômicos que não podem ser alcançados a partir da ação unilateral do Estado, daí a necessidade de novas fórmulas jurídicas que se adaptem a esse novo paradigma de Estado. É nesse ambiente de Administração concertada, que privilegia o diálogo, que emerge a relevância da figura do contrato para a Administração Urbanística.

Isso não significa, em nenhuma hipótese, o abandono das decisões unilaterais pela Administração. Há, hodiernamente, duas realidades que se convivem nas relações administrativas público-privado. De um lado o aumento da consensualidade, de outro a preservação da atuação unilateral nos casos em que haja imprescindibilidade do uso de prerrogativas de autoridade. Certo é que a via unilateral no exercício do poder somente pode ser utilizada nos casos de impossibilidade fática ou jurídica de consenso.

Plasmada no texto legal a igualdade entre os atores públicos e privados no processo de urbanização, resta a questão de definir o grau de intensidade dessa participação.

O âmbito prioritário de atuação privada no direito urbanístico está na seara da execução dos planos urbanísticos. O campo da gestão urbanística é fértil na criação de instrumentos voltados à regulação da participação do particular na transformação do solo urbano. É o que Jorge André Alves Correa denominou ‘tarefas privadas de interesse público’⁴². Segundo esse autor português o Estado perdeu o monopólio da perseguição do interesse público no campo da gestão urbana.

Pois bem. A atividade particular pode decorrer diretamente da lei, como no caso dos loteamentos urbanos em que a norma impõe ao empreendedor privado que dote a área a ser loteada de infra-estrutura urbana, além da doação de áreas ao Município. Ou pode decorrer também do contrato, como no caso das operações urbanas consorciadas, em que há um ajuste entre particular e poder público. As concessões urbanísticas são outro exemplo de contratualização no âmbito dos instrumentos de gestão territorial do solo urbano. Por este instrumento o parceiro privado responsabiliza-se pela realização

⁴² (CORREIA, 2009).

de obras de urbanização e reurbanização de uma dada região, remunerando-se com a exploração de terrenos, edificações e espaços públicos⁴³.

A referência à contratação no âmbito da gestão ou execução de planos não é o objeto central de nosso trabalho. No entanto, se nos afigura fundamental para demonstrar os caminhos percorridos e ainda a percorrer na atuação da Administração urbanística. Das figuras unilaterais, centradas no poder de polícia, chegou-se à parceria com os particulares na execução dos planos. Agora, no limiar do século XXI, o direito urbanístico europeu continental vive verdadeira revolução na seara da contratualização. O novo paradigma é denominado por alguns autores europeus como ‘necontratualismo’⁴⁴. Pelas novas figuras contratuais a Administração urbanística obriga-se a exercer seu poder de planificação em termos pré-estabelecidos contratualmente⁴⁵, permitindo-se, também, que a Administração contrate com o particular, mediante processo licitatório, a própria elaboração de um plano urbanístico⁴⁶. O novo contratualismo invade o âmbito do planejamento urbano que sempre foi tido como campo fértil para o desenvolvimento da discricionariedade⁴⁷. Daí decorre a

⁴³ Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, Lei Municipal nº 13.430/2002, art. 239 e parágrafos.

⁴⁴ Por todos cabe referência especial à obra ‘*Contratos Urbanísticos – concertação, contratação e necontratualismo no direito urbanístico*’, publicado pela Editora Almedina. Trabalho defendido em 19.06.2009 na Universidade de Coimbra, em banca composta pelos professores doutores José Joaquim Gomes Canotilho, Pedro Antônio Pimenta da Costa Gonçalves e Maria Alexandra Sousa Aragão

⁴⁵ “Se o termo contratação nos remete no direito do urbanismo de imediato para os contratos de execução dos planos, isto é, para a utilização do contrato no âmbito do ‘urbanismo operativo’, o mesmo não sucede com a expressão necontratualismo. Esta convoca uma relação jurídica contratual nova, pela via do qual a Administração se obriga a exercer em certos termos seus poderes públicos de planeamento. No fundo, o contrato define o modo ou o sentido em que os referidos poderes hão de ser exercidos e, portanto, a figura contratual penetra já no domínio do ‘urbanismo regulamentar’, ou seja, no campo da definição de regras urbanísticas, onde se inclui a elaboração, alteração ou revisão de planos urbanísticos. Como veremos, a admissibilidade de tais contratos, designados contratos para planeamento, foi expressamente consagrada nos artigos 6º-A e 6º-B do RJGT, preceitos introduzidos pelo DL 316/2007. (CORREIA, 2009/42).

⁴⁶ Fernanda Paula Oliveira dá três exemplos colhidos da praxe administrativa portuguesa de ‘contratos para planeamento’. No primeiro exemplo a Câmara Municipal de Alandroal com o objetivo de ordenar a expansão urbana e turística da vila de Juromenha publica aviso de proposta de um contrato para planeamento para elaboração de um plano de pormenor (o plano de pormenor português guarda analogia com o plano de bairro instituído pelo plano diretor estratégico do Município de São Paulo e as áreas de diretrizes especiais instituídas pelo plano diretor e leis especiais do Município de Belo Horizonte). No segundo exemplo a Câmara Municipal de Tavira publica aviso de proposta para elaboração de plano de pormenor de intervenção no espaço rural para criação de um centro equestre. No terceiro exemplo o Município de Alenquer contrata a elaboração de um plano de pormenor para ordenação de uma área cuja propriedade pertence a um único proprietário. Em todos esses casos, o contratante se obriga a apresentar o plano de ordenação do território a partir de ‘termos de referência’ elaborados pelo Poder Público, podendo, ainda, acompanhar a elaboração do plano pelo particular. Depois de elaborado, o plano deverá ser aprovado de acordo com a legislação vigente. (OLIVEIRA, 2009/55).

⁴⁷ O contrato para planeamento foi inserido no direito positivo português pelo Decreto-lei nº 316/2007, que inseriu no Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial – RJGT – os artigos 6º-A e 6º-B.

necessidade de fazermos menção a estes novos ventos que alteram a concepção do que se entende hoje no Brasil por planejamento urbano e, por consequência, por plano diretor.

CAPÍTULO II

PRINCÍPIOS INFORMADORES DO REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADQUIRIDO NO DOMÍNIO DO DIREITO URBANÍSTICO

1. Força normativa dos princípios

Este trabalho não tem a pretensão de empreender estudo sistemático sobre as diversas acepções dos princípios jurídicos. O tema vem sendo tratado com fôlego pela doutrina brasileira⁴⁸. Basta-nos, aqui, fazer referência a algumas dessas acepções.

Os princípios já foram tidos como axiomas. Nesta acepção eram considerados como algo evidente, que não demandava demonstração⁴⁹. Os princípios são também trabalhados na concepção de ‘postulados’. Postulados são condições essenciais, previamente conhecidas pelo intérprete, para compreensão do sistema jurídico. Humberto Ávila distingue o ‘postulado’ do ‘princípio’.⁵⁰

⁴⁸ Entre as inúmeras obras cabe destacar a ‘Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos de Humberto Ávila, já em 9ª edição pela editora Malheiros.

⁴⁹ Nesse sentido o entendimento de De Plácido e Silva: “Princípio, derivado do latim principium (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o começo da vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começaram a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido. Mostram-se a própria razão fundamental das coisas jurídicas, convertendo-se em axiomas.”(SILVA, 1989/433). Os princípios ainda são considerados normas fundantes do sistema. Colocam-se como vetores de criação e interpretação das regras. Entretanto, não podem ser considerados axiomas, pois dependem sempre de demonstração. Não se põem, assim, como verdades sabidas.

⁵⁰ Após fazer referência à idéia de postulado como condição essencial para conhecimento do objeto, o autor faz a distinção entre postulado e princípio: “A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. (...) Seja qual for a denominação preferida, os postulados funcionam de forma diferente relativamente a outras normas do ordenamento jurídico. Essa razão é suficiente para tratá-los de forma separada. Sua função e seu conteúdo serão melhor evidenciados. Embora a sua denominação seja secundária, a exigência científica de compatibilidade sintática não abona a sua denominação como princípio, se o autor define princípio como normas imediatamente finalísticas, como normas de otimização a serem realizadas em vários graus segundo as possibilidades fáticas e normativas ou como normas fundamentais com elevado grau de abstração e generalidade. Nessas hipóteses, o problema não é de nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do Direito.” (ÁVILA, 2009/123).

Robert Alexy distinguiu os princípios das regras. Segundo o jurista alemão o princípio é mandado de otimização. Nesse sentido, pode ser concretizado em diversos graus, a depender sempre das potencialidades fáticas e normativas que o caso concreto indicar⁵¹.

A partir das considerações de Alexy diversos autores se puseram a criar critérios distintivos entre regras e princípios. Para uns o grau de abstração dos princípios é mais elevado, já as regras possuem grau de abstração reduzido. Os princípios possuem conteúdo mais vago e impreciso, já as regras têm aplicabilidade direta. Os princípios gozam de papel fundamental no sistema, eles são a coluna vertebral do sistema jurídico, aproximam-se mais da idéia de justiça. Já as regras são desenvolvimentos dos princípios. Elas possuem seu fundamento de validade nos princípios que lhe são sobrejacentes.

Celso Antônio Bandeira de Mello definiu o princípio como o alicerce do sistema. Segundo Bandeira de Mello o princípio confere lógica, coerência e racionalidade ao sistema normativo. É a partir do conhecimento do princípio que se compreende as demais partes do sistema.

O princípio também pode ser compreendido como a finalidade a ser atingida pelo sistema normativo. Não se trata, por óbvio, de entender o princípio como uma norma-programa. Com efeito, para além de se por como o fim a ser atingido pelo ordenamento, a norma principiológica também se mostra eficaz para aplicação direta, solucionando casos concretos submetidos à decisão.

⁵¹ Robert Alexy salienta a importância desta distinção para a teoria dos direitos fundamentais: ‘Até aqui a análise concentrou-se no conceito de norma de direito fundamental. A partir de agora, é sua estrutura que será analisada. Para alcançar esse objetivo, é possível utilizar diversas diferenciações teórico-estruturais. Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.’ Mais adiante o professor da Universidade de Kiel efetua a distinção entre regra e princípio: ‘O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.’ (ALEXY 2008/85-90-91). Robert., Teoria dos Direitos Fundamentais, Editora Malheiros, São Paulo, 2008, p. 85, 90 e 91, tradução de Virgílio Afonso da Silva).

O princípio, além de servir de inspiração ao legislador na criação das regras, pode ser sacado para fundamentar decisões judiciais e administrativas. Com isso se quer dizer que, para os fins do nosso estudo, mostra-se mais importante a consagração doutrinária da normatividade das normas principiológicas, do que a classificação do princípio como axioma, postulado ou mandado de otimização⁵²⁵³.

Os princípios podem estar explicitamente descritos na norma jurídica. Nestes casos a demonstração de sua incidência em um dado sistema normativo não gera maiores discussões⁵⁴. Ocorre que os princípios também podem ser deduzidos do conjunto de normas em vigor em um determinado sistema. Neste caso se diz que os princípios são implícitos. A classificação dos princípios em explícitos e implícitos

⁵² Neste ponto calha lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu catentende por princípio, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello tece ode ao caráter normativo das normas que albergam princípios. É a eficácia normativa direta dos princípios. A sua força para decidir diretamente conflitos de interesses. A possibilidade de servir de fundamento direto para decisões proferidas no exercício da função administrativa, que presidirá nossas considerações sobre o princípio constitucional do planejamento urbano.

⁵³ Luciano Ferraz, em artigo intitulado ‘Segurança jurídica positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade’ publicado na Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, após distinguir as normas jurídicas em princípios e regras, destacou com a maestria a força normativa dos princípios jurídicos: “Antes de adentrar propriamente na análise dos temas suscitados, quadra aludir ao significado da expressão “segurança jurídica positivada”. É que certamente existirão vozes – sobretudo entre aqueles que ainda crêem que na Administração Pública somente é possível fazer o que a lei autoriza – a dizer que o princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) somente haverá de ser aplicado nos casos em que o legislador o tenha expressamente consagrado, pois aí ele estará positivado. Bem verdade que modernamente é quase pacífica a constatação de que o ordenamento jurídico é formado por normas – expressões de dever ser jurídico – de duas espécies, regras e princípios. Segundo Dworkin – o grande teórico conceitual dos princípios jurídicos -, as regras são proposições normativas que se aplicam num critério interpretativo de tudo ou nada: uma regra vale ou não vale. A partir do momento em que faticamente se verifica a situação prevista na regra, se ela não for excepcionada por outra, haverá de ser aplicada; caso contrário, será ela inaplicável. Já os princípios, por possuírem maior teor de abstração – um fundamento ético, afinal – não podem ter sua aplicação balizada por juízos de tudo ou nada, mas devem ser aplicados conforme critério de ponderação. É dizer: o intérprete procura estabelecer o peso de cada um dos princípios contrapostos para a solução do caso no momento da aplicação, e, mediante balanceamento entre ditos princípios, deve-se chegar ao resultado socialmente desejável, sacrificando-se ao mínimo os direitos fundamentais em oposição na espécie. Bem por isso (pela normatividade autônoma e peculiar dos princípios em relação às regras), a aplicação do princípio da segurança jurídica à solução de conflitos e questões (administrativas ou não) independe da respectiva previsão em qualquer texto legislativo e por vezes dar-se-á em confronto com (e por prevalência sobre) dispositivos legais: a ruptura do clássico modelo de direito por regras, admite que um princípio – tal como o da segurança jurídica – possa ser aplicado diretamente.” (FERRAZ, 2010).

⁵⁴ Esse é o caso do art. 37, caput, da Constituição da República, que explicita os princípios aplicáveis à Administração Pública brasileira.

mostra-se relevante para as considerações subseqüentes que serão empreendidas, pois serão abordadas algumas conseqüências jurídicas decorrentes do princípio do planejamento urbano que se encontra implícito no texto constitucional.

2. Princípio do planejamento urbano

O art. 174 da Constituição da República refere-se à atividade de planejamento de forma abrangente. Trata ali da atividade de planejamento econômico exercida pelo Estado como agente normativo e regulador. Ali se diz que o planejamento é determinante para o poder público, mas apenas indicativo para o setor privado⁵⁵.

Daí se nota que o dispositivo não se amolda ao regime jurídico do planejamento urbanístico, pois este também é determinante para o setor privado. Com efeito, ao elaborar o planejamento urbanístico, a Administração Pública cria a moldura dentro da qual pode e deve ser exercido o direito de propriedade urbana. O proprietário não pode se furtar ao cumprimento das determinações contidas nesta moldura. Fora daí, o exercício do direito de propriedade não conta com fundamento constitucional.

Por essa razão, o art. 174 da Constituição pode ser invocado para dar ênfase à necessidade de planejamento permanente das ações estatais no campo do domínio econômico, mas não pode justificar as relações jurídicas obrigacionais derivadas do regime jurídico do planejamento urbano.

Acima se disse que o planejamento urbano põe-se como um princípio constitucional implícito. Essa afirmação decorre da compreensão dos diversos dispositivos constitucionais que tratam do ordenamento territorial e do plano diretor municipal. Com efeito, dispõe o art. 21, IX, da Constituição que compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenamento do território. Já o art. 30, VIII, da Constituição estabelece que compete ao Município promover, no que

⁵⁵ Merece destaque a lição de Daniela Campos Libório Di Sarno sobre a generalidade do art. 174 da Constituição: “A atividade de planejamento deve ser permanente no Estado brasileiro e será por meio dela que este ordenará suas atividades e elencará prioridades. O art. 174 da Constituição Federal traz esta determinação com alcance genérico, pois não indica o setor em que o planejamento se deve dar. Lê-se, desta generalidade, portanto, que o Estado deve sempre agir por intermédio da dinâmica do planejamento.” (DI SARNO, 2004/55).

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Depreende-se da leitura desses dois dispositivos constitucionais que a atividade de ordenamento do território se dá mediante planejamento das diversas formas de utilização do solo urbano. À União cabe o planejamento urbanístico de âmbito nacional e regional. Já os Municípios cuidam do planejamento urbano de índole local. O direito urbanístico brasileiro não possui tradição de elaboração de planos urbanísticos nacionais e regionais. Ao reverso, o planejamento urbanístico de âmbito local já se encontra há muito sedimentado, tendo sua máxima expressão na elevação do plano diretor à estatura de instrumento jurídico de planejamento de índole constitucional. O plano diretor municipal possui a característica da inter-subjetividade, é dizer, tem como peculiaridade a criação de obrigação para os proprietários urbanos.

Ora, o princípio do planejamento decorre justamente da competência constitucional conferida à União e Municípios para ordenar o território mediante a atividade de planejamento. A partir da instituição dessa competência, pode-se afirmar que a Constituição não mais admite que as atividades de parcelamento, ocupação e uso do solo se dê de forma desordenada, sem apoio em norma que fixe diretrizes a ser alcançadas com fundamento na realidade fática e jurídica⁵⁶ da cidade.

Assim, os dois dispositivos constitucionais citados, para além de tratar da divisão de competência para elaborar normas sobre planejamento urbanístico, têm a qualidade de criar uma espécie de ‘zona de certeza negativa’, é afirmar, não admitem a edição de normas sobre ordenamento do territorial desconectadas do contexto de um plano urbanístico. Assim, normas sobre direito urbanístico descontextualizadas violam a Constituição. Deflui-se daí a existência do princípio constitucional do planejamento urbano.

A constatação da existência do princípio de planejamento urbano na Constituição não decorre apenas das duas normas acima citadas. A análise do art. 182, § 2º também leva o intérprete à mesma conclusão. Esse dispositivo constitucional é portador de diversas virtudes, dentre elas costuma destacar a doutrina a densificação do princípio da função social da propriedade⁵⁷. Com efeito, a propriedade cumpre sua

⁵⁶ Adiante será esclarecido o que se quer afirmar com conhecimento da realidade jurídica local.

⁵⁷ O princípio da função social da propriedade encontra-se inserido no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1934. A excessiva fluidez do princípio combinada com uma interpretação com viés

função social quando atende às exigências contidas no plano diretor municipal. Eis aí o conteúdo mínimo da função social da propriedade. Se não cumprir as normas do plano diretor pode o proprietário sofrer as sanções do art. 182, § 4º da Constituição (parcelamento e edificação compulsórios; IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública). Além disso, ao afirmar que o plano diretor é o instrumento básico de ordenação do território e obrigatório para os municípios com mais de vinte mil habitantes, a Constituição pretende universalizar a utilização do principal instrumento de planejamento urbano entre os municípios brasileiros.

Assim, o art. 182, §§ 1º e 2º da Constituição põem-se como reforço aos artigos 21, IX e 30, VIII, na instituição do princípio do planejamento urbano em sede constitucional. Interessa-nos ao desenvolvimento desse estudo a configuração do princípio do planejamento urbano dentre aqueles albergados pela Constituição. Entretanto, não se pode olvidar a existência do princípio na legislação ordinária. O art. 2º, IV, da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), dispõe que a política urbana desenvolvida pelo Município, por meio da edição do plano diretor, deve velar pelo planejamento do desenvolvimento da cidade. Planejar o desenvolvimento da cidade para o direito posto é promover uma adequada distribuição espacial da população e das atividades econômicas, a evitar distorções do crescimento urbano. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional explicitou o que está implícito na Constituição.

Do exposto, já se pode afiançar com segurança, que qualquer norma legal relativa à política urbana, que não esteja em conformidade com as diretrizes básicas do planejamento que se propõe padece do vício de inconstitucionalidade. Imagine-se, *v.g.*, uma lei que altere os parâmetros urbanísticos de uma dada região do Município classificada como área de adensamento restrito ou como área de proteção ambiental. Essa lei padece do vício de inconstitucionalidade, pois a alteração pontual do parâmetro urbanístico violou a diretriz básica do planejamento que é o não adensamento excessivo de áreas já saturadas ou de proteção de ambiental. De outro modo, uma lei que institua a edificação compulsória (medida prevista no art. 182, § 4º da CR88) em área sem infraestrutura adequada também viola o princípio constitucional do planejamento urbano. Ainda em outro exemplo, uma lei que alterasse os usos de uma dada região, permitindo

civilista do direito de propriedade, impediram que a inserção do princípio na Constituição produzisse avanços significativos no sentido de coletivizar o acesso à terra urbanizada.

a instalação de indústrias ao redor de área residencial, seria também violadora do princípio constitucional do planejamento urbano. Outra violação do princípio constitucional do planejamento urbano seria a edição de lei permitindo a instalação de empreendimento que funcione como pólo atrativo de pessoas (v.g., shopping center), em região que reconhecidamente não tenha infra-estrutura para suportar o crescimento gerado pela instalação do empreendimento. São inúmeros os exemplos de leis urbanísticas que podem violar o princípio constitucional do planejamento urbano.

Não se está a sustentar a tese da inconstitucionalidade de qualquer alteração pontual na lei que aprova o planejamento urbano do Município. As alterações pontuais são admissíveis. No entanto, há que ser compatível com as diretrizes do planejamento. Antes de tratar do direito adquirido no domínio do direito urbanístico sob a perspectiva do princípio constitucional do planejamento urbano, é preciso destacar os caminhos percorridos pela Administração na fase pré-plano, ou seja, dar destaque a atos praticados antes da edição do plano diretor.

Fernando Alves Correia, em seu Manual de Direito do Urbanismo, destaca 04 (quatro) funções dos planos: i) inventariação da realidade ou da situação existente; ii) conformação do território; iii) conformação do direito de propriedade do solo; iv) gestão do território. Cuidaremos aqui apenas da função de inventariação da realidade urbanística.

A inventariação da situação existente confere realidade ao plano, sem isso o plano se tornaria meras concepções subjetivas de seus elaboradores sobre a melhor forma de ordenação do espaço físico. Esta fase é de tal modo importante que em alguns ordenamentos jurídicos vem expressamente previstas em textos legais. É o caso do Decreto-Lei 380/99 português, que em seu artigo 37, n° 2, determina que o plano setorial deve vir acompanhado de 'relatório que procede ao diagnóstico da situação territorial sobre o qual o instrumento de política sectorial intervém e à fundamentação técnica das opções e objectivos estabelecidos'. Assim, é a partir do diagnóstico da situação territorial que se estabelecem as diretrizes a ser alcançadas, e se fixa as intensidades de uso do solo permitidas em cada zona do território.

Ocorre que a Administração, quando da elaboração do plano, além de fazer o diagnóstico urbanístico do território, deve também fazer o diagnóstico da realidade jurídica existente no momento da definição das novas regras urbanísticas. Fazer inventário da realidade jurídica existente, entre outras coisas, significa levar em

consideração, no momento de definição dos parâmetros urbanísticos, as licenças urbanísticas já expedidas pelo Município. Logo, quando se define o coeficiente de aproveitamento de uma dada região, após verificar toda a infra-estrutura urbanística existente, deve a Administração projetar a infra-estrutura que existirá em decorrência da execução das licenças já expedidas. Assim, a definição de parâmetros urbanísticos no novo plano deve ser proposta a partir da soma entre infra-estrutura existente mais infra-estrutura decorrente das licenças urbanísticas já concedidas. Há, então, complementaridade entre os inventários urbanístico e jurídico no momento de formação do novo plano urbanístico.

A questão pode ser resumida na seguinte fórmula: NPU (novo parâmetro urbanístico) = IE (infra-estrutura existente) + IL (infra-estrutura licenciada). Tendo $NPU = IE + IL$, se a Administração constatar que uma dada região do Município possui ampla rede de infra-estrutura urbana ociosa não pode, automaticamente, propor a elevação dos parâmetros urbanísticos locais. Deve, primeiro, verificar a quantidade de licenças já expedidas na região. Assim, se licenciou a construção de inúmeros edifícios no local, deve levar esse fato em consideração essa realidade jurídica no momento da definição do conteúdo do novo plano.

O inventário da realidade jurídica também é importante para definição dos custos da implantação do novo plano. Mais adiante iremos tratar da natureza jurídica das licenças para construir. Por ora, basta afirmar que a licença se põe como ato praticado no exercício de competência vinculada da Administração. Ora, os atos assim praticados (exercício de competência vinculada) não são passíveis de revogação. Isso não quer dizer que a Administração não possa promover a retirada do mundo jurídico das licenças urbanísticas expedidas, ela detém esse poder, entretanto deve fazê-lo por meio da ‘desapropriação de direitos’ e não por meio da revogação. A desapropriação de direitos implica apuração e pagamento da respectiva indenização antes da retirada da licença do mundo jurídico.

A inventariança da situação jurídica se presta, a um só tempo, para definir os destinos o urbanísticos do território e o valor das eventuais indenizações caso a Administração opte por ‘desapropriar os direitos decorrentes das licenças expedidas’. A fase de inventariança da realidade jurídico-urbanística foi acima retratada para destacar o papel fundamental da licença urbanística na demarcação do regime jurídico do direito intertemporal no domínio do direito urbanístico. As licenças urbanísticas

concedidas são limitadoras da ampla liberdade de planificação urbanística concedida à Administração Pública.

3. Teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade

O direito de propriedade garantido constitucionalmente pode ser estudado sob duas perspectivas. Pode-se fazer um corte metodológico e enquadrá-lo como direito fundamental, retirando deste enquadramento sua estatura constitucional (art. 5º, XXII, CR88). Sob essa perspectiva foi forjada a teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade. Pode-se, também, estudá-lo sob o viés estritamente econômico, explorando as íntimas relações entre o direito de propriedade e o direito de construir. Sob essa perspectiva foi forjada a teoria da patrimonialização do direito de construir, que encontra seu fundamento no direito urbanístico brasileiro nos novéis instrumentos jurídico-urbanísticos criados pelo estatuto da cidade, tais como a outorga onerosa do direito de construir e a transferência onerosa do direito de construir.

Importa tomar, como premissa, a possibilidade de conciliação entre estas duas teorias. Com efeito, a patrimonialização do direito de construir não retira o caráter de fundamentalidade do direito de propriedade.

Pois bem. Já se disse que pela teoria do conteúdo mínimo o direito de propriedade é tido como direito fundamental (art. 5º, XII, da CR88). A estatura constitucional do direito fundamental não o torna absoluto. Assim, pode o legislador ordinário praticar atos de conformação do exercício dos direitos fundamentais. Ao criar a moldura dentro da qual o proprietário pode, validamente, exercer o seu direito, o legislador condiciona esse exercício a fins de interesse público. Nesse momento, é feita a ponderação entre os diversos valores que incidem sob o exercício desse direito (valores ambientais, urbanísticos, culturais etc.)⁵⁸.

⁵⁸ Sobre a necessidade ponderação de valores realizada no momento de definição do conteúdo do direito de propriedade no plano diretor destacou Fernando Alves Correia, ao tratar deste tema no domínio do direito urbanístico português: “ (...) a finalidade principal do plano urbanístico é definir os modos de utilização do solo (com fins de edificação ou outros). Este objetivo pressupõe que o plano decida sobre as pretensões divergentes relacionadas com a utilização do território (divergierende Raumnutzungsansprüche). Isto significa que o direito do plano urbanístico se apresenta, na esteira do que vem sendo afirmado pela doutrina alemã, como um direito de perequação de interesses (...) o plano urbanístico manifesta-se também como um procedimento e um resultado de uma justa ponderação de

Há, no entanto, limites ao poder conformador do direito de propriedade conferido ao legislador ordinário. Com efeito, não se pode, no momento de conformação do direito de propriedade, anular a possibilidade de exercício do próprio direito previsto como garantia constitucional.

Há, então, um núcleo que não pode ser penetrado no momento da conformação. Esse núcleo se põe como verdadeiro limite constitucional à conformação do direito de propriedade a pelo plano diretor municipal.

Quando se trata do exercício do direito de propriedade urbana, esse núcleo é definido como a capacidade de edificação no solo classificado como urbano. Assim, o poder de plasmação dos planos encontra seu limite na edificabilidade. A moldura criada pelo legislador ordinário passa a violar a garantia constitucional do direito de propriedade quando avança sobre o direito a ponto de impedir a edificabilidade no solo já urbanizado.

A garantia do direito de propriedade reconhece ao proprietário o poder de domínio que se manifesta em duas dimensões: O ‘poder-ter’, componente estática do direito de propriedade e ‘poder-utilizar’, que constitui componente dinâmica do direito de propriedade. O direito de edificar encaixa-se na componente dinâmica da garantia fundamental do direito de propriedade⁵⁹.

Não se quer com isso afirmar que qualquer limitação legislativa ou administrativa ao direito de edificar no solo urbano irá gerar efeitos expropriatórios. Há casos em que a situação factual do terreno impede que sejam ali erigidas construções. Basta ter em mente os terrenos alagadiços ou de alta declividade, a lei federal n° 6.766/79 impede que sejam lançadas construções nestes terrenos, entretanto a impossibilidade de edificação decorre das próprias características do terreno. Nestes casos o legislador apenas reconhece a especial vinculação da propriedade em razão de uma característica que lhe é peculiar. Diferente é o caso em que o legislador modifica as qualidades peculiares do terreno. Aqui não se estamos mais no campo do reconhecimento das especiais qualidades factuais da propriedade. Neste último caso, o eventual bloqueio do exercício do direito de propriedade, é dizer, a impossibilidade de

interesses colidentes. (...) como escreve M. GROH, justa ponderação de interesses é sinônimo de superação do conflito de interesses (konfliktvewältigung). Ora, um complexo de interesses com grande repercussão no plano urbanístico, e que deve ser objecto de justa ponderação em face do interesse público, é do proprietário do solo. (CORREIA, 2001/300)

⁵⁹ (CORREIA, 2001/305)

edificação no solo já urbanizado ferirá a garantia constitucional do direito de propriedade.

Com suporte na especial situação de fato de algumas propriedades urbanas, o Tribunal Federal Alemão desenvolveu a doutrina da obrigação social da propriedade. Essa doutrina teve o mérito de demarcar os casos em que a limitação ao direito de propriedade se dá com indenização e os casos em que a intervenção possui caráter de expropriação⁶⁰.

A partir da doutrina da obrigação social, o Judiciário Alemão desenvolveu a teoria da vinculação situacional. Por essa teoria toda propriedade urbana é dotada de qualidades físicas que lhe são iminentes. Essa situação especial da propriedade pode levar à impossibilidade de aproveitamento do terreno pelo proprietário, ou mesmo a imposição de restrições mais agudas ao direito.

Essa teoria é utilizada em larga escala na jurisprudência italiana para decidir acerca da incidência ou não de indenização nas restrições paisagísticas ao direito de propriedade impostas pelo legislador. Ora, se a restrição imposta por lei não modifica uma situação preexistente, mas apenas esclarece as características inerentes à propriedade, se não há modificação nas características naturais do terreno a partir da imposição da restrição, não se pode falar em violação ao direito de propriedade garantido constitucionalmente.

Os casos da proibição de construir em terrenos alagadiços e em lotes com alta declividade acima citados ilustram o que se acaba de afirmar. Do mesmo modo a impossibilidade de se construir às margens de rios ou em locais classificados como sítios arqueológicos.

Há viva controvérsia na doutrina do direito urbanístico europeu acerca da relação existente entre o direito de construir e o direito de propriedade. Fernando Alves Correia faz extensa abordagem sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial existente na Alemanha, França, Itália e Espanha. Para uns o direito de construir se põe como uma faculdade decorrente da garantia constitucional do direito de propriedade (os

⁶⁰ A tese de doutoramento de Fernando Alves Correia, publicada pela editora Almedina sob o título 'o plano urbanístico e o princípio da igualdade', traz desenvolvimento das teorias desenvolvidas pelos tribunais alemães e italianos sobre a natureza jurídica de algumas restrições urbanísticas impostas ao direito de propriedade pelo legislador e pelo administrador (esse no uso de seu poder regulamentar). (CORREIA, 2001).

principais defensores estão no direito alemão e francês)⁶¹. Para outros, o direito de construir não decorre diretamente da garantia constitucional, mas sim de uma faculdade de natureza jurídico-pública atribuída à propriedade pelo plano urbanístico. Nesse sentido, o direito de construir nasceria dos usos e intensidades construtivos ‘estandardizados’ em um plano urbanístico, e não da abstrata garantia do direito de propriedade prevista na Constituição (os principais defensores dessa teoria são os espanhóis e italianos).

Não iremos fazer maiores inflexões sobre as duas correntes doutrinárias. Restamos, entretanto, para os fins que nos animam na produção deste trabalho, acentuar que as duas teorias se aproximam em um ponto que se nos afigura fundamental. Com efeito, as duas teorias partem da premissa da constitucionalidade da definição do conteúdo do direito de propriedade por meio de atos normativos infraconstitucionais de natureza publicística. As duas teorias também caminham na mesma senda quanto ao fato da predominância do interesse relativo à ordenação do solo em relação ao interesse particular do proprietário. Enfim, caminham juntas no que toca à atribuição do caráter expropriatório de algumas medidas adotadas pelo plano, bem como em relação à não incidência de indenização quando a restrição se limite a constatar alguma característica imanente à propriedade que a torne imprópria a receber construções⁶².

⁶¹ Eis a lição de Fernando Alves Correia: “São numerosos os autores que concebem o conceito de liberdade de construção como uma emanção ou um produto do direito de propriedade do solo. Segundo estes autores, a garantia constitucional da propriedade abrange do direito de o proprietário construir imóveis no quadro das leis. De acordo com esta concepção, o direito de construir não seria conferido ou atribuído pelo plano urbanístico. Este teria apenas como função conformar ou moldar o exercício daquele direito, no contexto da sua natureza regulamentadora do conteúdo e limites da propriedade.” (CORREIA, 2001/349)

⁶² Mais uma vez se destaca a lúcida lição de Fernando Alves Correia ao tratar do confronto entre a teoria que enxerga o direito de construir como um componente essencial do direito de propriedade. E a teoria que vê no direito de construir como uma faculdade que surge da elaboração de um plano: “Seja como for, não se pode negar que se assiste actualmente a uma aproximação entre as duas concepções acima mencionadas, pelo menos nos seus aspectos essenciais. Com efeito, os defensores da tese de que o ‘jus aedificandi’ faz parte do conteúdo essencial do direito de propriedade privada constitucionalmente garantido não contestam a legitimidade constitucional da regulamentação integral da possibilidade de construir pelo direito público, da partilha de poderes entre o proprietário e o plano urbanístico municipal na definição das formas de utilização do solo, bem como da primazia deste último perante a vontade do particular. Tudo isto é aceito com base no princípio segundo o qual compete à lei – e ao plano urbanístico – definir o conteúdo e limites do direito de propriedade, no princípio da função, vinculação ou obrigação social da propriedade em geral, bem como no princípio da especial vinculação social da propriedade do solo. Consequentemente, os defensores da tese da inerência do ‘direito de construir’ ao conteúdo natural da propriedade não consideram como ‘expropriação’ toda e qualquer ‘intervenção’ do poder público no ‘jus aedificandi’ do proprietário fundada em razões de interesse público. Nem, ao contrário, os paladinos da teoria que vê o ‘direito de construção’ como uma faculdade atribuída pelo plano contestam que certas ‘proibições de construção’ constantes do plano devam ser elevadas à dignidade de autênticas ‘expropriações’ e que, em certas circunstâncias, o valor do jus aedificandi deva ser incluído no cômputo da indenização por expropriação.” (CORREIA, 2001/380).

Aqui chegados, é hora de voltar os olhos para o ordenamento constitucional brasileiro, inclinamo-nos a adotar a teoria do direito de construir como imanente à garantia do exercício do direito de propriedade previsto constitucionalmente. O art. 5º, XXII, da CR88 inclui o direito de propriedade entre o rol dos direitos e garantias fundamentais. O inciso XXIII do mesmo artigo aduz que o direito de propriedade deve ser exercido atendendo-se a função social. Os dispositivos não se referem ao direito de construir, tratam da propriedade em sentido amplo. Ocorre que ao tratar do principal instrumento de planejamento urbano existente no direito brasileiro (plano diretor), a constituição deixa claro que a propriedade cumpre sua função social quando atende as exigências contidas no plano diretor e que esses planos são obrigatórios para as cidades com mais de 20.000 (vinte mil habitantes).

Ora, se o plano diretor, instrumento básico da política urbana definidor do conteúdo da função social da propriedade urbana, é obrigatório para cidades com mais de 20.000 (vinte mil habitantes), como justificar o fundamento do ‘jus aedificandi’ nos municípios brasileiros que não são obrigados a editar plano diretor. Se o município não está obrigado a editar plano urbanístico não se pode dizer que o direito de construir decorre de faculdades conferidas pelo plano. Assim, o fundamento do ‘jus aedificandi’ está inserido na cláusula que garante o exercício do direito de propriedade atendida sua função social. Isso não significa dizer, ao modo do afirmado pela doutrina do direito urbanístico europeia, que o plano urbanístico (no nosso caso o plano diretor) não possa definir os contornos concretos da forma de exercício desse direito. É o plano urbanístico que define a intensidade do uso da propriedade em cada região do Município. Isso não significa, entretanto, que o direito de edificar somente passa a existir a partir da aprovação de plano urbanístico, caso contrário, estaria vedado o direito de edificação nos municípios que, não sendo obrigados, optaram por não editar qualquer espécie de plano urbanístico. Por isso entendemos que o plano diretor dá contornos a um direito de construir que está inserido na garantia do direito de propriedade funcionalizada prevista na Constituição.

O direito de construir somente pode ser exercido após a obtenção da licença urbanística. A licença urbanística é o ato que declara a existência, em concreto, de um direito que é imanente à garantia de exercício do direito de propriedade funcionalizada previsto na Constituição. Por essa razão não se pode afirmar que a licença urbanística seja apenas uma técnica de remoção de barreiras previstas em lei para o gozo de

determinado direito, ao modo do afirmado pela doutrina para caracterizar algumas licenças do direito administrativo. A licença urbanística é o ato que declara a existência de um direito circunscrito em cláusula constitucional. Ademais, ela somente pode ser deferida após a análise de sua conformidade com os planos urbanísticos, que criam verdadeira moldura para o exercício do direito em sintonia com os inúmeros interesses coletivos incidentes sobre a ordenação do território. Essa é uma das razões pelas quais entendemos que a licença urbanística é o momento procedimental de constituição do direito adquirido a empreender de acordo com o regime jurídico eventualmente revogado antes da conclusão da obra.

Assim, não se pode dizer que a licença urbanística regularmente concedida possa ser revogada, ou que possa ser decretado o decaimento dos direitos dela decorrentes, após a entrada em vigor de novo plano diretor que com ela se mostre incompatível⁶³. A

⁶³ Há que se fazer uma breve distinção entre as figuras da ‘caducidade’, ‘revogação’ e ‘decaimento’ dos atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o termo **caducidade** da seguinte forma: “retirada porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente. É a caducidade. Exemplo: retirada de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso.” (MELLO, 2005/416). José Afonso da Silva empresta outro sentido ao termo **caducidade**: “A caducidade da licença ocorre, pois, com o transcurso do prazo de preempção quando, durante ele, não se tiver dado início às obras licenciadas. Mas também se prevê a caducidade em consequência de paralisação prolongada da obra ou de um delas, no caso de conjunto.” (SILVA, 2008/451). Outro termo que gera discordâncias conceituais na doutrina é o relativo à **revogação**. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a revogação da seguinte forma: “revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.” (MELLO, 2005/417). Já José Afonso da Silva usa o termo **revogação** da seguinte forma: “A revogação é ato de controle do mérito. Dar-se-á quando sobrevier motivo de interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, tal como: adoção de novos critérios de apreciação – em que a incompatibilidade da atividade licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, quer aprovando nova lei de zoneamento ou modificando a existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga.” (SILVA, 2008/453-454). Para os fins do nosso estudo é fundamental estabelecermos uma nomenclatura para a retirada da licença urbanística do mundo jurídico em função de mudança superveniente da lei que aprova o plano diretor. Para tanto, utilizaremos do entendimento do professor Márcio Cammarosano, em artigo publicado na Revista de Direito Público: “Assim considerado, o decaimento é consequência do desaparecimento quer de um pressuposto de fato, quer de um pressuposto de direito indispensável à existência de um ato administrativo, ou à sua validade, ou à sua eficácia, ou à manutenção do seu efeito. De nossa parte, aceitamos o decaimento não como modalidade de extinção do ato administrativo e de seus efeitos, mas como invalidade superveniente, que dará ensejo à extinção do ato ou de seus efeitos mediante a emanção de outro ato. Restringimos, destarte, o conceito de decaimento, de sorte a compreender apenas o fenômeno da invalidade superveniente de um ato ou relação jurídica, em virtude de modificação da ordem legal que fundamentava sua validade.” (CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 53-54, p. 169). Mais adiante o ilustre professor da PUC/SP detalha a distinção entre decaimento e revogação: “A contradição de um ato, ou de um efeito continuado, com a nova ordem legal é considerada, por alguns, como motivo de sua revogação. (...) Em verdade, decaimento e revogação não se confundem, nem aquele pode consistir em motivo, direto ou indireto, desta. (...) O fundamento da revogação consiste no demérito superveniente do ato (pendente) ou da relação jurídica a que o ato deu

licença urbanística é o momento processual de acerto de um direito que se encontra insito em uma cláusula de estatuta constitucional. A licença é o momento de determinação de uma garantia que se encontra indeterminada na Constituição. Ela é o último ato de concretização do direito de construir. Com efeito, encontra-se o direito de construir com um grau elevado de abstração entre os direitos fundamentais previstos na Constituição. Esse direito começa a ganhar contornos com a elaboração do plano diretor. O plano define o conteúdo do direito de construir, diminuindo o grau de abstração do direito. No entanto, ainda não se pode dizer que o direito de construir possa ser exercido a partir da edição do plano. O grau de determinação máximo do direito de construir se dá no momento da concessão da licença. É neste momento que o direito de construir constitucional indeterminado se transmuda em direito de construir constitucional determinado. A licença é o momento de cristalização de uma garantia fundamental. Por isso entendemos que não perde sua eficácia com a mudança do plano diretor que lhe deu sustentação quando de sua emissão.

Com isso não estamos a afirmar que o interesse particular do proprietário esteja a suplantar o interesse público decorrente do novo plano que entra em vigor. Com efeito, caso a Administração entenda que a licença anteriormente concedida é absolutamente incompatível com o regime jurídico que pretende instituir, deve promover a desapropriação dos direitos decorrentes da licença já concedida, indenizando o proprietário de todos os prejuízos sofridos. Como se trata de expropriação de direitos a indenização deve ser justa, prévia e em dinheiro. Assim, antes da retirada do ato do mundo jurídico deve a Administração levantar os valores do prejuízo sofridos, e efetuar o pagamento da indenização no mesmo momento da revogação da licença.

Mais adiante iremos trazer outros argumentos em abono do nosso entendimento.

causa, enquanto que o decaimento consiste numa ilegitimidade superveniente do ato (pendente) ou da relação jurídica, em virtude de modificações no ordenamento jurídico.” ((CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 53-54, p. 170-171). Pois bem, tomaremos neste trabalho como decaimento a retirada do ato administrativo da forma como preconizada pelo professor Márcio Cammarosano, ou seja, ilegitimidade superveniente do ato em função de alteração no ordenamento jurídico. A expressão caducidade será resguardada para os casos em que a licença é retirada do mundo jurídico em razão do transcurso de prazo sem o início ou conclusão da obra. Esses são acertos formais preliminares, pois o que nos ocupa nesta empreitada é saber de que forma a mudança do ordenamento jurídico atinge o particular.

CAPÍTULO III

PROCESSO DE ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

1. Panorama do processo de elaboração do plano diretor

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, essa a dicção do § 1º, art. 182 da Constituição da República que indica os caminhos que devem ser seguidos na elaboração, revisão ou alteração dos planos diretores municipais.

A Constituição faz referência à aprovação pela Câmara Municipal, o que deixa antever que o plano diretor, pelo menos sob o aspecto formal, tem natureza jurídica de lei⁶⁴. Entretanto, essa afirmação não está livre de objeção. Alguns poderiam aduzir que o Parlamento municipal não edita, ou como quer a Constituição aprova, apenas leis. Ele também tem competência para edição de resoluções, decretos legislativos, emendas à lei orgânica etc. Logo, não se poderia afirmar peremptoriamente que o plano diretor tenha natureza jurídica de lei.

Ocorre que o plano diretor tem também outra função de estatura constitucional, a saber, a definição do conteúdo jurídico mínimo da função social da propriedade. Com efeito, reza a carta magna que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais ‘mínimas’ de ordenação da cidade expressas no plano diretor. O acréscimo da expressão ‘mínimas’ não é sem propósitos. É que não basta cumprir as exigências básicas do plano para se atender a função social da propriedade urbana, outras normas setoriais também conformam o exercício do direito

⁶⁴ Jachinto Arruda Câmara entende da mesma forma, embora assevere que a partir da nova redação do art. 182, § 1º da Constituição essa questão se encontra superada: “De início discutia-se qual o instrumento adequado para editar um plano diretor. Alguns sustentavam a possibilidade de criação de um plano diretor por intermédio de mero decreto do Chefe do Poder Executivo Municipal. Nesta hipótese, por óbvio, o conteúdo do plano seria apenas o de definir apenas o campo de atuação do Poder Público, uma vez que seria instrumento inadequado para imposição de limitações ou condicionamentos a direitos particulares. Esta primeira discussão foi definitivamente superada pela Constituição de 1988, que, expressamente, vinculou o plano diretor a ato do Poder Legislativo (art. 182, § 1º). Isso significou dizer que este instrumento do planejamento urbano envolve uma decisão do Poder Legislativo Municipal, e não apenas do Chefe do Poder Executivo, como se chegou a admitir. Portanto, pode este o primeiro aspecto do conceito em exame: o plano diretor é (ou deve ser) uma lei.” (CÂMARA, 2006).

de propriedade, v.g., as normas do direito ambiental, de proteção ao patrimônio cultural etc.

Certo é, no entanto, que a definição do regime de conformação do direito de propriedade urbana para atendimento da função social se dá mediante a edição de lei formal. Embora a Constituição não afirme o que se acaba de sentenciar, essa é uma decorrência de nosso sistema jurídico. O direito de propriedade urbana tem status constitucional de direito fundamental (art. 5º, XXII). Não obstante sua dignidade constitucional, os direitos fundamentais podem ser conformados pelo legislador ordinário. A conformação cria uma moldura para o exercício desses direitos. Em se tratando do exercício do direito de propriedade urbana, essa moldura é definida a partir da instituição do plano diretor municipal.

Assim, ao se conjugar o regime jurídico do direito fundamental de propriedade urbana (art. 5º, XXII, da CR88) com a eleição do plano diretor como instrumento básico de definição do modo de exercício do direito de propriedade socialmente funcionalizada (art. 182, § 2º, da CR88), conclui-se que o Plano Diretor deve ser editado mediante lei municipal.

Essa questão restou quase pacificada no nosso ordenamento após a entrada em vigor da Lei Federal nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), editada pela União no exercício de sua competência para criar normas gerais sobre direito urbanístico, que em pelo menos duas oportunidades (art. 40, caput e seu § 3º) faz expressa alusão à aprovação do plano diretor por lei municipal⁶⁵. No entanto, como há possibilidade de se questionar o caráter de norma geral desses dispositivos do Estatuto da Cidade, que hipoteticamente estariam a descer em miudezas impróprias para uma norma geral, invadindo, assim, a competência dos Municípios, o desenvolvimento da questão a partir do texto constitucional ainda é de rigor. De fato, não se pode afirmar que a União legislou sobre assunto de interesse local ao determinar que o plano diretor seja aprovado por lei, o que ocorreu na hipótese foi apenas a explicitação de um comando implícito na Constituição.

As leis orgânicas municipais geralmente exigem quorum qualificado para aprovação dos planos diretores. Alguns Municípios adotam o quórum da maioria absoluta dos membros do Legislativo, outros, ainda mais rigorosos, adotam o quorum

⁶⁵ Eis o teor do art. 40 e seu § 3º do Estatuto da Cidade: “Art. 40 - O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 3º - A lei que instituir o plano diretor será revista, pelo menos, a cada dez anos.”

qualificado de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara de Vereadores. Diante deste quadro, surge a indagação sobre a constitucionalidade da exigência de quórum qualificado para edição dos planos diretores. José dos Santos Carvalho⁶⁶ Filho afirma que a exigência de quórum qualificado viola o art. 47 da Constituição da República. Esse dispositivo reza que as deliberações do Legislativo serão tomadas por maioria de votos, presentes a maioria absoluta de seus membros, salvo disposição constitucional em contrário.

Não entendemos dessa forma, ao nosso juízo o estabelecimento de quórum especial para votação de determinadas matérias reputadas especiais é questão de competência exclusiva do legislador municipal. Há aqui prevalência do interesse local, pois a partir do conhecimento das peculiaridades de cada Município pode se exigir maior consenso para a votação de algumas matérias. Assim, o fundamento para a eleição de quórum qualificado não se encontra na importância da matéria urbanística (fato incontestável), mas no interesse eminentemente local que se reveste a questão da instituição de quórum qualificado para aprovação de um plano diretor. Logo, como a Constituição em momento algum estabeleceu quórum qualificado para aprovação do plano diretor, e como a matéria é de peculiar interesse local, pois estamos a tratar do instrumento de desenvolvimento de política urbana municipal, incide na espécie a dicção do art. 30, I, da CR88 que aduz competir ao Município o poder para legislar sobre assunto de interesse local, e não o art. 47, da CR88.

Ademais, a exigência de adoção das balizas do processo legislativo previsto na Constituição no âmbito dos Municípios (princípio da simetria), significa que as leis orgânicas devem seguir o modelo de processo legislativo previsto na Constituição, incluindo em seus textos, por exemplo, que as deliberações, ordinariamente, serão tomadas por maioria de votos, e não que todas as matérias de competência privativa dos

⁶⁶ “O projeto deve ser aprovado pelo quórum normal adotado para as leis ordinárias, incidindo, pois a regra contida no art. 47 da CF: presentes a maioria dos componentes da Câmara, a aprovação se dá por maioria simples de votos dos presentes. Tem-se entendido, no entanto, ser possível que a Lei Orgânica do Município estabeleça quórum de aprovação mais elevado, como, por exemplo, o de maioria absoluta de membros da Casa (adotado para leis complementares, conforme dita o art. 69 da CF), ou até mesmo de dois terços. O intuito seria o de dar maior rigidez à lei instituidora.

Com a devida vênia, parece-nos que a Lei Orgânica não poderia fixar esse quórum especial para aprovação da lei. Há mais de uma razão para nosso pensamento. Primeiramente, o plano é aprovado por lei ordinária, espécie normativa para a qual o quórum já está fixado na Constituição (art. 47). Ademais, a despeito da relevância da matéria urbanística, nenhuma reserva existe no sentido de que seja disciplinada por espécie normativa diversa da lei ordinária, ou por quórum de presença e de aprovação diverso do estabelecido pela Constituição. Por último, não é sem propósito destacar que o processo urbanístico é dinâmico, sendo incabível engessar a legislação e deixá-la inflexível diante de mudanças necessárias nas regras de política urbana”. (Carvalho Filho, 2006).

Municípios devam seguir esse mesmo quórum em caso de omissão da Constituição no tratamento do tema.

Nesse sentido, violaria a Constituição eventual norma inserida em lei orgânica que, como regra geral, estabelecesse que as deliberações seriam tomadas por maioria absoluta de votos, ou outra maioria qualificada qualquer. Nesse caso a violação à Constituição seria direta. Ao nosso sentir, o estabelecimento de quórum qualificado para edição do plano diretor está em perfeita sintonia com o texto constitucional, pois a Constituição também estabelece quóruns especiais para as matérias que menciona. A obediência ao princípio da simetria está na adoção da maioria relativa como regra geral, e na adoção de maiorias qualificadas para casos em que se entenda necessário a formação de consensos mais amplos entre os representantes da sociedade. No entanto, a eleição dessas matérias e o total do quórum qualificado para aprovação ficam a cargo do legislador municipal, por se tratar de interesse predominantemente local.

Ainda em sentido contrário ao afirmado pelo eminente professor carioca, entendemos que a adoção de quórum qualificado para votação de planos diretores não torna inflexível ou congela as diretrizes do planejamento urbano sempre dinâmico. Ora, o direito urbanístico possui instrumentos próprios, necessariamente contemplados no plano diretor, que mitigam a rigidez do planejamento, exemplo disso são as operações urbanas consorciadas previstas no Estatuto da Cidade. Por meio dessas operações se admite a ocupação do território com parâmetros urbanísticos superiores aos previstos no plano diretor, mediante a prestação de contrapartidas pelo particular que promovam a valorização urbano-ambiental da área descrita no plano da operação. Esse é um instrumento que flexibiliza o rigor do plano na medida em que se admite a construção com parâmetros urbanísticos superiores aos previstos em lei. Para ficar apenas com mais um exemplo, destacamos os casos de concessão de licença urbanística precedidas de estudo de impacto de vizinhança. Ora, os estudos podem indicar a necessidade da prestação de medidas compensatórias e mitigadoras pelo empreendedor não previstas no plano diretor. Demais disso, podem estes estudos indicar a impossibilidade de aprovação do empreendimento na forma como previsto, em razão de seus acentuados impactos negativos, mesmo sendo abstratamente viável sua implantação sob a exclusiva ótica dos parâmetros urbanísticos previstos no plano diretor. O próprio plano diretor tem seus mecanismos de flexibilização, como sói ocorrer com qualquer planejamento, não

se podendo impingir ao quórum de votação elevado a causa da inflexibilidade do planejamento urbanístico.

Assim, seja por razões jurídicas, seja por razões urbanísticas, não se pode falar em rigidez do plano diretor pela mera existência de um quórum qualificado para sua aprovação. Por essas razões entende-se que a exigência de quórum qualificado para aprovação de planos diretores não viola a Constituição da República.

O processo de elaboração do plano diretor se põe como um processo bifásico. Há uma fase que denominamos administrativa por se processar no âmbito da Administração Pública. Essa fase geralmente é a mais extensa. Nela são efetuados os estudos técnicos que irão fundamentar as opções urbanísticas adotadas pela Administração. Aqui também têm lugar os atos preparatórios da participação popular (v.g., comunicação à sociedade sobre datas e conteúdos de audiências públicas, conferências urbanas etc.). Nunca é demais recordar que a ausência de ‘participação popular meritória’ é requisito de constitucionalidade dos planos diretores municipais. Não só os atos preparatórios, mas a própria participação popular ocorre na fase administrativa de elaboração do plano diretor. Não é incomum que a realização de debates, audiências públicas, consultas públicas, conferências urbanas se dê por longos períodos⁶⁷. Todas as decisões técnicas, bem como as opções votadas e aprovadas no seio da participação popular, são enfeixadas pelo Poder Executivo em um projeto de lei e remetidas à Câmara de Vereadores para apreciação.

A segunda fase, que denominamos legislativa, tem início com a remessa do projeto de lei ao Legislativo local. Ali o projeto irá seguir o processo legislativo previsto nas respectivas leis orgânicas. Mais adiante trataremos do procedimento para apresentação de emendas parlamentares ao projeto do Executivo.

Tratar do processo jurídico de formação de um plano urbanístico que afeta diretamente o exercício do direito de propriedade urbana em um ambiente com escassa produção normativa não é tarefa comezinha. Para demonstrar a abissal distinção entre regimes jurídicos de formação de planos urbanísticos, trazemos à baila a legislação urbanística portuguesa, em que o processo de formação do ‘plano director municipal’, similar do nosso plano diretor, é minuciosamente regulamentado pelo ordenamento jurídico.

⁶⁷ A fase administrativa da última revisão do plano diretor do Município de Belo Horizonte, que redundou na alteração da Lei Municipal 7.165/96 pela Lei Municipal nº 9.959/2010, se estendeu por mais de 06 (seis) meses, tendo sido realizadas 03 (três) conferências urbanas.

Em Portugal o Decreto-Lei 380/99, com alterações posteriores, regulamenta nos artigos 69 a 92 do processo de formação dos planos municipais de ordenamento do território. Neste diploma legal descreve-se, com minúcia, a forma de participação da sociedade na elaboração do plano. Prescreve-se uma fase de concertação, em que são emitidos pareceres sobre as impugnações opostas ao futuro plano urbanístico. Estabelece-se, também, uma fase de cooperação entre os diversos sujeitos de direito público com interesses envolvidos. Há previsão expressa de pareceres para apreciação das objeções que são opostas ao novo plano, além da previsão de um parecer final que avaliará a conformidade do futuro plano com as disposições legais vigentes e sua articulação e coerência com os objetivos, princípios e regras aplicáveis ao Município, já definidos por quaisquer outros instrumentos de gestão territorial. Para além disso, é curial destacar que há previsão de prazos para o encerramento de cada uma dessas fases, o que traz perspectiva temporal quanto ao início e fim do processo de elaboração do plano.

Diogo Freitas do Amaral chegou a dividir o processo de elaboração do ‘plano director municipal’ português em 09 fases. Já Cláudia Viana, dissentindo das orientações de Freitas do Amaral, divide o processo de elaboração do plano nas seguintes fases: fase de lançamento do plano; fase de elaboração do plano; fase de aprovação do plano; fase do registro do plano e fase de publicação do plano⁶⁸. De um modo geral, as legislações dos demais países da Europa Continental também tratam com minúcias o processo de elaboração dos planos urbanísticos.

Nossa proposta não é tratar do regime jurídico de formação de planos urbanísticos no direito português. Por essa razão, não dissertaremos sobre os princípios que regem a formação de planos urbanísticos em Portugal. A citação do regime jurídico Europeu Continental visa a demonstrar o baixo grau de institucionalização jurídica na formação do nosso plano diretor, razão que não impede a definição de um procedimento extraível diretamente de princípios jurídicos explícitos e implícitos contidos na Constituição e legislação urbanística infraconstitucional.

⁶⁸ As fases de elaboração do plano director municipal português acima citadas foram retiradas da obra ‘Direito Urbanístico Comparado’ de Carlos Magno Miqueri da Costa. O estudo do autor aborda o processo de elaboração do plano diretor em perspectiva comparada. Busca aproximar o direito urbanístico brasileiro e português. (COSTA, 2009; 209).

2. Participação popular e plano diretor

A participação popular na elaboração de planos de desenvolvimento urbano, nomeadamente na criação do plano diretor, deve ser compreendida no contexto mais amplo de mudança de paradigma do Estado nacional. O Estado de ideologia liberal impunha suas decisões de forma unilateral. À esta época gravitava no centro do direito público clássico a noção de ato administrativo. A Administração tomava decisões e as auto-executava. Não dialogava com o cidadão, não se preocupava com a aceitação do particular com os comandos que emitia.

A ordem jurídica atual, notadamente a partir da segunda grande guerra, passou a encampar funções sociais e econômicas antes inimagináveis. O antigo Estado liberal transmudou-se em Estado social. Por óbvio, não se pode dividir esse movimento em compartimentos estanques. O Estado social entrou em crise devido aos altos custos dos serviços econômicos e sociais que prestava à população⁶⁹. No entanto, o Estado Social gerou uma sociedade preparada para participar dos destinos da nação. A sociedade forjada sob esse paradigma de Estado não mais admitia, como regra geral, as decisões unilaterais partidas da Administração Pública. Fez exigir participação ativa na definição de políticas públicas. A conquista da participação não foi uma dádiva do governante, mas exigência de uma sociedade que se organizou minimamente em busca deste desiderato.

O Estado de Direito do liberalismo clássico ganha feições atuais de Estado Democrático de Direito. A democracia não se limita ao exercício do poder por meio de representantes, mas também a participação direta no delineamento de políticas que são de Estado, e não de governo.

⁶⁹ Segundo o constitucionalista José Luiz Quadros de Magalhães a crise do Estado Social foi forjada pelo capitalismo: “A crise do Estado social não foi a de um sistema que não podia mais se adaptar, mas uma crise forjada pelo mesmo grande capital que minou o liberalismo. A política do governo Nixon, quando em 1971 forjou a primeira crise do petróleo, seguida de nova crise, desta vez mais grave, em 1973, após a guerra de Yom Kipur, levou a economia do Estado social europeu a uma crise que abriu espaço a crítica ‘pseudoneoliberal’, que atacou os custos do Estado social, a pesada carga tributária sobre a atividade produtiva privada, inibindo a sua expansão e a grande presença do Estado na economia, fechando setores inteiros da economia ao grande capital privado, como o setor de transportes aéreos, privatizado na Europa na década de 80, assim como outros setores, como telefonia, transportes em geral, fábricas de automóveis e, em alguns casos, até as atividades de saúde e previdência, o que obviamente encontrou reação de uma população informada e organizada.” (MAGALHÃES, 2002 – 33).

A participação popular no planejamento urbano se insere dentro deste quadro mais amplo de mudança de paradigma de Estado nacional. O novo paradigma participativo foi encampado pela Constituição brasileira de 1988, que para além de afirmar em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, foi explícita em relação à cooperação de associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII). Como o planejamento urbano é competência municipal, e se exerce por meio do plano diretor, a participação popular no ordenamento do território foi elevada à estatura de norma constitucional.

O novo paradigma de Estado exige uma Administração dialógica, é dizer, uma Administração que além de escutar o cidadão, tome em razão de conta as questões sugeridas no âmbito da participação popular no momento de decidir, além de negociar os efeitos de atos que interfiram no plexo de direitos fundamentais individuais e coletivos dos particulares. Essa é a mudança da Administração unilateral para a Administração concertada, uma exigência da nova ordem jurídica constitucional.

Fernando Alves Correia, com apoio em Barbosa de Melo e em Baptista J. Machado, cita quatro benefícios da participação popular na formação das decisões administrativas. São eles: Resolução de problemas relativos à falta de experiência e de conhecimentos da Administração; contribuição para o aumento da eficiência administrativa, na medida em que as decisões tomadas contam com o apoio dos cidadãos; restabelecimento do contato direto entre Administração e cidadão; e aprofundamento do espírito democrático⁷⁰. Pode-se acrescentar a esses fatores a diminuição da litigiosidade entre o cidadão e o Estado, na medida em que as decisões são fruto de consenso e não impostas unilateralmente.

Não se pode olvidar que o campo do direito urbanístico é repleto de conceitos técnicos que podem dificultar uma participação popular efetiva dos cidadãos nos destinos da ordenação do território urbano. Termos como coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação, taxa de permeabilidade do solo, recuos necessários, gabarito, usos conforme e não-conforme, zoneamento de usos, dentre tantos outros, são quase desconhecidos pela população, e até mesmo pelos profissionais do direito.

Cabe à Administração produzir relatórios que decodifiquem os termos técnicos empregados, permitindo que os cidadãos apreendam as informações e tomem parte no processo de decisão de forma consciente. Nesse sentido, advogamos a tese de que todo

⁷⁰ CORREIA (2001, 251/252)

estudo preparatório de decisões a ser proferidas em audiência pública deve vir acompanhado de relatório explicativo, em que haja verdadeira tradução do significado dos termos técnicos.

Com efeito, é o que já se dá na seara dos instrumentos do estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança, que sempre vêm acompanhados de relatórios resumidos e explicativos dos estudos técnicos. À guisa de exemplo, a autoridade urbanística deve explicar que a inclusão de uma dada região da urbe em zona de adensamento preferencial significa o aumento do número da população local; deve também explicar que a classificação de uma região como área de expansão urbana significa a transformação de uma área rural em urbana, permitindo, ainda, o lançamento do imposto predial e territorial urbano sob as propriedades locais. Essas informações são fundamentais para os moradores menos instruídos que residem em áreas atingidas por transformações urbanas contidas em planos diretores, pois a experiência demonstra que, ao contrário do mercado, esse setor não é representado por técnicos em audiências públicas.

A gestão democrática da cidade impõe a ampla participação de todos os setores sociais e institucionais na formação do plano. Com isso se quer afirmar que os sujeitos potenciais da participação não se limitam aos proprietários, moradores, organizações de defesa de interesses difusos (moradia, meio ambiente etc.) e mercado imobiliário. Inclui, também, órgãos institucionais que têm competência para defesa de interesses coletivos e difusos como Defensoria Pública e Ministério Público. Com efeito, a participação desses órgãos no processo de formação do plano permite um controle preventivo de legalidade qualificado.

Os demais Entes da Federação (União e Estados-Membros) também devem participar de todo o processo de elaboração dos planos diretores. Essa participação não decorre apenas do interesse desses Entes na escoreita ordenação do solo, o que se nos afigura óbvio. É que a ordenação do território municipal, não raras vezes, se apresenta simultaneamente como interesse local e nacional⁷¹. Isso porque a ordenação do território se imbrica com atividades reguladas privativamente pela União ou pelo Estado-Membro. Os exemplos da simultaneidade desses interesses são inúmeros. Imagine-se o conflito que pode advir entre a ordenação do território local e o exercício da atividade

⁷¹ É o que asseverou Freitas do Amaral em seu Curso de Direito de Administrativo, e destacou por Fernando Alves Correia em sua tese de doutoramento intitulada 'O plano urbanístico e o princípio da igualdade'.

de mineração. A autoridade urbanística local pode pretender criar uma zona residencial (exercício da competência prevista no art. 30, VIII da CR88) em área de interesse para mineração (competência privativa da União prevista no art. 22, XII, da CR88). O mesmo se dá em relação a construção de portos, aeroportos, estradas federais, usinas hidrelétricas, todas atividades de interesse nacional que possuem estreito liame com o ordenamento do território local. É para ponderar esses interesses públicos contrapostos que os demais Entes da Federação devem participar ativamente da elaboração dos planos diretores.

Há também distinção no tocante à forma de participação na elaboração dos planos. A participação pode referir-se à necessidade de oitiva ou consulta à população sobre as medidas que se pretende adotar no plano diretor. Nessa hipótese, os interessados podem se manifestar oralmente ou por escrito, tendo a Administração o dever de ponderar todos os interesses que lhe são apresentados, além de decidir, fundamentadamente, todas as manifestações ou pedidos que lhe são formulados, é dizer, deve informar as razões da adoção, ou não, das sugestões que lhe são endereçadas. Há casos em que as propostas apresentadas são votadas em conferências urbanas, tendo a Administração, do mesmo modo, que decidir sobre a adoção da proposta.

A outra forma de participação pode ser denominada ‘participação-concertação’. Ela decorre da adoção do novo paradigma da ‘Administração dialógica’ pelo direito público. Esse tipo de Administração implica adoção de novo padrão de relacionamento entre o Estado e o cidadão. Aqui o ato administrativo unilateral perde a centralidade do direito urbanístico, que deve passar a atuar a partir de ajustes, acertos ou transações com os particulares. A concertação significa a necessidade de criação de consensos decorrentes dos ajustes.

A fase de concertação é comum em outros instrumentos do Estatuto da Cidade. Esse é o caso das operações urbanas consorciadas, em que o parceiro privado ajusta com a Administração a promoção de melhorias urbano-ambientais em áreas degradadas, e em contrapartida recebe parâmetros urbanísticos superiores aos previstos no plano diretor. O mesmo se dá com o estudo de impacto de vizinhança. Aqui a fase de concertação tem lugar no momento da definição das medidas compensatórias e mitigadoras exigíveis nos empreendimentos que causam impactos significativos no meio urbano. A definição dessas medidas se dá por meio de ajuste entre a Administração e o empreendedor público ou privado.

Esses dois instrumentos de gestão urbana se colocam como exceção aos parâmetros urbanísticos definidos no plano diretor (*planejamento normativo*). Nas operações urbanas consorciadas, v.g., admite-se que o empreendedor construa com coeficiente de aproveitamento⁷² superior ao previsto no plano. Assim, se o coeficiente de aproveitamento previsto no plano diretor para uma dada região da cidade é igual a 1,0 (um), admite-se que a lei que aprova uma operação urbana consorciada aumente esse coeficiente de aproveitamento para 2,0 (dois). Por isso se afirma que a lei da operação urbana excepciona o plano diretor na área definida no plano da operação. A operação propõe um novo planejamento para a área a partir de sua atual configuração urbanística e da configuração que surgirá após as obras de valorização exigidas do empreendedor. Por isso alcunhamos essa espécie de planejamento de '*planejamento in concreto*'. Ele supera a abstração do plano diretor, que é feito para planejar toda a área do Município (incluindo aí a área rural). A operação urbana consorciada é aprovada por lei. Ocorre que o uso dos benefícios decorrentes da operação urbana consorciada deve ser precedido de assinatura de termo de ajuste entre a Administração e o empreendedor. Nesses termos de ajuste constarão as obrigações da Administração e do empreendedor em relação à operação, tendo a natureza jurídica de título executivo extrajudicial. Exemplo desse termo é encontrado no direito urbanístico brasileiro na lei que aprovou o plano diretor do Município de Belo Horizonte. Com efeito, a Lei Municipal nº 7.165/1996, com a redação dada pela Lei Municipal nº 9.959/2010, criou, em seu art. 65, § 2º o instrumento denominado de 'termo de conduta urbanística – TCU'⁷³. Esse termo é o instrumento que condensa a concertação celebrada entre Administração e empreendedor nas operações urbanas consorciadas. Trata-se, ao nosso juízo, da implantação da 'participação-concertação' no domínio do planejamento urbanístico.

O mesmo ocorre em relação ao estudo de impacto de vizinhança – EIV -. O EIV também é instrumento de '*planejamento in concreto*'. O art. 37 do Estatuto da Cidade prevê que esse estudo deve contemplar análises relativas ao adensamento populacional e uso e ocupação do solo. Ora, esses elementos estão adrede previstos no plano diretor

⁷² Coeficiente de aproveitamento é o índice que multiplicado pela área do lote gera o valor máximo de área construída.

⁷³ O art. 65, § 2º do Plano Diretor do Município de Belo Horizonte é de seguinte redação: “§ 2º - O encaminhamento à Câmara Municipal de projeto de lei relativo à Operação Urbana deverá ser precedido de assinatura de Termo de Conduta Urbanística - TCU - entre o Executivo e o empreendedor interessado, por meio do qual este se compromete a cumprir as obrigações e os prazos constantes da proposta de texto legal, sob pena de aplicação das penalidades previstas no TCU”

que é aprovado por lei municipal. Quando o plano classifica determinada área como zona de adensamento preferencial e institui coeficiente de aproveitamento alto está a permitir o adensamento populacional da região. Como então admitir que o EIV analise o adensamento populacional e a forma de uso e ocupação do solo já previstos no plano diretor. Isso se explica pela preferência do '*planejamento in concreto*' em relação ao '*planejamento normativo*' pelo legislador federal nos empreendimentos que gerem significativos impactos ao meio ambiente urbano. Não se pode olvidar que o EIV depende de ajuste entre a Administração e o particular na definição de medidas compensatórias, justificando a classificação deste instrumento entre aqueles que concretizam a 'participação-concertação' no âmbito do planejamento urbanístico.

Ainda é conveniente assentar, que por veicularem matérias típicas de plano diretor, tanto as operações urbanas consorciadas quanto as licenças urbanísticas precedidas do procedimento do EIV, devem passar por processo de participação popular antes de sua adoção. Como as opções adotadas pelo plano são necessariamente debatidas com a população, eventual exceção às regras do plano também devem ser discutidas com a comunidade. Assim, as operações urbanas consorciadas e as licenças precedidas de EIV devem ser objeto de debate popular que não se limita à população diretamente atingida pelas obras, mas se estende a todos os atores que tenham interesse no correto ordenamento do território.

No domínio do plano diretor há espaço para inclusão de uma fase de 'participação-concertação', nos moldes do que se dá nas operações urbanas consorciadas e no estudo de impacto de vizinhança. Não se pode perder de vista que o plano diretor é o principal instrumento de concretização do planejamento urbano, e que o plano impõe aos proprietários urbanos obrigações positivas para o adequado cumprimento da função social da propriedade. O plano é prenhe de opções urbanísticas unilaterais da Administração, posteriormente impostas aos proprietários. Nada impede que essas decisões sejam negociadas com os proprietários, proporcionando maior adesão às propostas da Administração contidas no plano diretor. Basta analisar o seguinte exemplo para se patentear as vantagens decorrentes da concertação. Imagine um plano diretor que venha diminuir drasticamente o coeficiente de aproveitamento de uma área com infra-estrutura urbana propensa ao recebimento de construções, chegando mesmo a impedir o exercício do direito de construir em determinados lotes, para proteção da paisagem urbana local. Para evitar futuras demandas judiciais relativas à

existência ou não de direito à indenização dos proprietários atingidos pela medida prevista no plano diretor, pode a Administração, ainda no período de tramitação do futuro plano, negociar com os proprietários que o direito de construir seja exercido em outro local predeterminado, incluindo-se todos os termos da negociação na própria lei que aprova o plano diretor. Essa seria uma forma de ‘participação-concertação’ no âmbito do plano diretor⁷⁴.

A doutrina europeia afirma que a participação popular no processo de planejamento urbano é contrapartida em função da ampla discricionariedade que possui a Administração Pública nesta seara. Segundo essa mesma doutrina a ampla discricionariedade decorre da ausência de normas jurídicas que definem o conteúdo do plano. Nesse sentido, as normas jurídicas que regulam o processo de planificação urbanística no direito urbanístico europeu continental limitam-se a estabelecer os princípios fundamentais dos planos, suas diretrizes básicas, seu procedimento de elaboração. Não tratam, assim, do conteúdo do plano. Esse fica a cargo da Administração Pública, que o define a partir dos princípios fundamentais e diretrizes constantes das normas jurídicas⁷⁵.

⁷⁴ Sobre a negociação entre Administração e empreendedor no âmbito do planejamento urbano destacou Fernando Alves Correia em sua obra ‘O plano urbanístico e o princípio da igualdade’: “A *participação-negociação* ou *concertação*, vulgarmente conhecida por administração concertada, distingue facilmente da anterior. Trata-se de um novo “estilo de administração”, que está na moda por toda a Europa, e que se traduz “num método de troca de pontos de vista e de negociação entre a Administração e os administrados interessados, com vista a tentar discernir em comum uma linha de conduta”. Sector privilegiado da aplicação deste modo de actuação da Administração é o da planificação territorial e económico-social. A “administração concertada” vai muito além do que a simples representação de interesses na associação dos particulares ao exercício da função administrativa. Na verdade, não se satisfaz em permitir às “gens du métier” fazer ouvir a sua voz, antes procura, de um modo mais permanente e profundo, por um trabalho colectivo, uma elaboração comum dos objectivos e dos meios. O novo “estilo de administração” caracteriza-se também por uma troca recíproca de informações entre a Administração e os particulares, com manifestas vantagens para uma e outros. Finalmente, a “participação-negociação” não se limita à concepção conjunta dos objectivos e à elaboração dos meios, procura também estender-se à própria execução das decisões administrativas. Nas palavras certeiras de BARBOSA MOREIRA, “momento marcante e decisivo da Administração concertada vem a ser, no fim das contas, a negociação ou ajuste entre a autoridade pública e os particulares, em virtude do interesse na descoberta de uma solução reciprocamente aceitável para um problema comum.” (CORREIA, 2001/257,258).

⁷⁵ Fernando Alves Correia apóia-se no administrativista alemão Schmidt-Assmann para endossar essa teoria. “A doutrina alemã refere que a matéria respeitante ao conteúdo do plano, designadamente a questão de saber quais as utilizações admissíveis do espaço, onde e quando, bem como as que são proibidas, é deixada à liberdade de plasmar da planificação (planerische Gestaltungsfreiheit) ou à discricionariedade da planificação (Planungsermessen). A moderna literatura jurídica alemã salienta que a lei não programa condicionalmente a planificação urbanística (de acordo com o esquema “Se A, então B”), mas apenas finalmente (Finalprogramme), no sentido de que a lei indica apenas os fins ou os objetivos da planificação na forma de directivas (richtpunkten), remetendo a escolha dos meios e do momento mais adequados para atingir os referidos fins ou objetivos para a própria Administração. A actividade de planificação apresenta-se, deste modo, como uma actividade administrativa de natureza

O princípio da legalidade no direito urbanístico brasileiro não admite essa fundamentação para a discricionariedade administrativa no domínio do planejamento urbano. No direito brasileiro a matéria relativa ao conteúdo do plano diretor, principalmente a definição dos parâmetros urbanísticos passíveis de utilização pelo proprietário, é privativa de lei em decorrência de interpretação constitucional (art. 182, § 1º, da CR88), além de expressa previsão neste mesmo sentido no Estatuto da Cidade (art. 40, caput). Logo, no direito brasileiro o conteúdo do plano diretor passa pelo crivo do legislador municipal. O que se acaba de afirmar não afasta a discricionariedade administrativa no âmbito do direito urbanístico, apenas não se pode considerá-la na extensão que é tratada no direito urbanístico europeu. Não se admitindo a importação da doutrina européia sem os devidos temperos.

É de rigor afirmar que a participação popular funciona como limitador das opções urbanísticas inseridas na lei que aprova o plano diretor, na medida em que inibe que todas as opções urbanísticas sejam definidas sem a oitiva da população interessada. Como asseveramos acima, para além de um espaço de fiscalização e de exercício da cidadania plena, a participação pode se dar por meio da concertação entre Administração e particulares.

Embora não haja definição legal do procedimento de criação, alteração ou revisão de planos diretores em nosso direito urbanístico, é possível extrair do Estatuto da Cidade interpretação jurídica que reconheça a fundamentalidade do princípio da participação popular no planejamento urbano, exigindo que a participação se dê tanto no momento de definição do conteúdo do plano diretor, o que se dá no momento em que o plano é elaborado pelo Poder Executivo, quanto no momento em que o projeto de lei do futuro plano diretor inicia sua tramitação processual no Poder Legislativo. Já se disse que o processo do plano diretor pode ser dividido em duas macro-fases, a primeira administrativa, em que a audiência da população deve se dar antes mesmo do plano ser escrito, a segunda legislativa, em que a audiência da população se dá a partir de um pré-plano elaborado pelo Poder Executivo, contendo toda a parte escrita e os mapas do futuro plano. Veremos mais adiante que nessa fase ainda é possível alterar as propostas enviadas à Câmara Municipal pelo Poder Executivo.

criativa, isto é, como um sector onde é inconcebível a ideia de uma Administração na veste de mera executora das normas jurídicas.” (CORREIA, 2001; 259/260)

Entendemos que a distinção operada no direito europeu continental entre ‘participação preventiva do cidadão’ (*vorgezogene Bürgerbeteiligung*) e ‘participação sucessiva ou formal’ (*förmliche Bürgerbeteiligung*) se aplica ao direito brasileiro⁷⁶. Segundo a doutrina europeia a participação preventiva se dá no momento de formação do plano. A Administração comunica a intenção de elaboração do plano e promove a participação do cidadão no processo de formação. Esse tipo de participação, mesmo sem regulamentação minuciosa, é encontrado no direito brasileiro. A participação sucessiva se dá após a elaboração do plano, mas antes de sua aprovação. Neste momento permite-se que o cidadão traga reflexões e propostas sobre o projeto de plano já discutido. No direito urbanístico brasileiro a participação preventiva se dá na fase administrativa de elaboração do plano diretor acima descrita. Já a participação sucessiva se dá na fase legislativa, antes, contudo, da aprovação do plano diretor pelo Legislativo local.

A participação popular é o ponto central no processo de elaboração, alteração ou revisão de planos diretores, pois é por meio da participação que se produz a gestão democrática das cidades, como determina o Estatuto da Cidade. A matéria mereceu tratamento do Ministério das Cidades, órgão da União responsável pelo desenvolvimento da política urbana em todo o país, que pelo seu Conselho das Cidades (CONCIDADES) editou a Resolução 25/2005, que ditou normas sobre forma de institucionalização da participação popular.

Em linhas gerais a Resolução 25/2005 determina que a coordenação do processo de elaboração do plano diretor deve ser compartilhada entre Poder Público e sociedade civil; também reza que a publicidade no processo de elaboração do plano deve obedecer aos requisitos da ampla comunicação pública, ciência do cronograma de elaboração do plano e dos locais de reunião com antecedência mínima de 15 dias, publicação e divulgação dos resultados dos debates e das propostas adotadas nas diversas etapas do processo⁷⁷; a realização dos debates deve ser feita por segmento social, por temas e por unidades territoriais, além de ser garantida alternância dos locais em que se realizam as reuniões; o processo de elaboração do plano diretor deve articular-se com o processo de elaboração do orçamento, pois o orçamento incorpora as despesas oriundas da elaboração do plano diretor, v.g., realização de determinadas obras públicas; as audiências públicas convocadas no curso da elaboração do plano diretor devem

⁷⁶ (CORREIA, 2001/263).

⁷⁷ Tão importante quanto a divulgação das propostas adotadas é a divulgação das propostas que foram rejeitadas pelo Poder Público, com a respectiva fundamentação técnica e jurídica para a rejeição.

obediência aos seguintes requisitos: *i)* ser convocada por edital, anunciada pela imprensa local ou, na sua falta, usar os meios de comunicação de massa disponíveis. Relevante notar que a convocação por edital não garante a comunicação ampla desejada pela própria Resolução. *ii)* ocorrer em locais e horários acessíveis à maioria da população. Para se garantir ampla participação na audiência, é imprescindível que elas ocorram fora do horário normal de trabalho da maioria dos cidadãos. Assim, devem ser realizadas nos dias normais de expediente laboral após as 19:00 horas ou nos finais de semana nos turnos matutino ou vespertino. Audiências públicas designadas entre a segunda-feira e sexta-feira, no meio da manhã ou da tarde não atendem o princípio da ampla participação popular no processo de elaboração do plano. *iii)* a direção da audiência deve ficar a cargo de representantes do Poder Público. *iv)* garantir a participação do cidadão independentemente da comprovação de qualquer condição. *v)* E, por fim, deve a audiência ser gravada, lavrando-se a respectiva ata, que deverá ser apensada ao projeto de lei, e acompanhar toda a tramitação do processo legislativo de aprovação do plano. A emenda ainda aduz que a proposta de plano que será apresentada à Câmara Municipal deverá ser aprovada em conferência urbana, ou evento similar, que será composta por diversos segmentos da sociedade civil, sendo a proposta distribuída para os integrantes da conferência com antecedência mínima de 15 dias, publicando-se e divulgando-se os anais da conferência urbana.

Não obstante o esforço do CONCIDADES em regulamentar o processo de participação popular na elaboração de planos diretores, é imperioso destacar que o ato administrativo de caráter normativo baixado pelo Conselho deve ser interpretado como recomendação aos Municípios que têm obrigação de elaborar seus planos diretores. Isso porque atos administrativos de Conselhos ligados a órgãos da União Federal não podem criar normas sobre processo para os Municípios brasileiros. Não se pode perder de vista o caráter singular da Federação brasileira, que elevou o Município ao patamar de ente federado. Logo, o processo de elaboração de planos diretores participativos pelos Municípios deve observar, além das balizas constitucionais, as normas gerais editadas pela União no exercício de sua competência legislativa privativa. Atualmente, alguns poucos dispositivos do Estatuto da Cidade disciplinam a forma de participação popular na elaboração de planos diretores. De modo que o âmbito de competência do Município nesta seara é amplo.

Não é por outra razão que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade, que tinha por objeto a declaração de nulidade de plano diretor, por violação ao princípio da participação popular efetiva em sua elaboração. Um dos fundamentos do acórdão é a impossibilidade da Resolução 25/2005 do CONCIDADES vincular a atuação do Poder Público Municipal⁷⁸. Com efeito, esta Resolução pode ser um bom parâmetro, tanto para o Executivo e Legislativo do Município na criação de seus próprios procedimentos, quanto para o Poder Judiciário na análise dos casos concretos que lhe são apresentados. No entanto, não pode ser adotada como padrão rígido a ser seguido na elaboração de planos diretores.

⁷⁸ A ação direta de inconstitucionalidade nº 70020914131 visava à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.253/2004 do Município de Gravataí/RS. Não se tratava, contudo, de lei de aprovação, revisão ou alteração de plano diretor, mas sim de lei que instituiu no território do Município os denominados 'loteamentos fechados'. Para implantar os loteamentos de circulação fechada o Município concedia, a título precário, as áreas públicas aos particulares. Como se tratava de questão própria de plano diretor, é dizer, de matéria relativa à ordenação física do território municipal, foi decidida a partir de parâmetros próprios da elaboração do plano diretor. Assim, houve necessidade de confrontar o processo de elaboração da norma com o princípio da participação popular. Nesse sentido, o acórdão analisou a eventual vinculação entre o procedimento adotado pelo Município de Gravataí na edição da Lei e a Resolução 25 do Estatuto da Cidade acima comentada. Concluiu pela impossibilidade de vinculação, preservando-se a autonomia do Município. Destacam-se os seguintes trechos do acórdão do TJRS:

“Em nível federal, a Lei Complementar nº 10.257, de 10 de julho de 2001, dispôs sobre o Estatuto das Cidades, que define a política de desenvolvimento e expansão urbana. Ali, de igual forma, a participação popular passou a ser exigência no processo de elaboração legislativa e na fiscalização de sua implementação. Na definição de participação popular, consta a promoção de audiências públicas e debates com associações comunitárias, além do amplo acesso e publicidade de documentos e informações obtidos a qualquer interessado (art. 40, §4º e incisos).

O Ministério das Cidades, através da Resolução nº 25, de 18 de março de 2005, emitiu orientações e recomendações sobre o processo participativo de elaboração do Plano Diretor. Na tentativa de regulamentar o espaço estabelecido pela lei, fez menção à ampla comunicação pública, através dos veículos de comunicação social, à ciência do cronograma e dos locais das reuniões, da apresentação dos estudos e propostas sobre o plano diretor com antecedência mínima de 15 dias, além da ampla divulgação dos debates e das propostas. Dito processo legislativo de elaboração do plano diretor deve ser articulado e integrado ao processo participativo de elaboração do orçamento, nele envolvendo, preferencialmente, às lideranças comunitárias, movimentos sociais, profissionais especializados, entre outros atores sociais. Há também registros sobre a forma de proceder às audiências públicas.

Contudo, mesmo a referida Lei Federal não detalhou como e quando deveriam ser realizadas as audiências públicas, os debates, a publicidade e o acesso de qualquer interessado, competindo, então, aos municípios, no exercício de sua autonomia, definir a forma a ser adotada para garantir a participação popular.

A meu ver, dita recomendação normativa não tem eficácia vinculativa aos municípios e, no caso, não há notícia que o Município de Gravataí tenha disciplinado a participação popular na elaboração do seu Plano Diretor.

Assim, possível concluir, em primeiro lugar, que o sistema constitucional exige, no processo legislativo referente à organização do Plano Diretor e nas diretrizes gerais de ocupação do território, seja propiciada a participação popular. Em segundo lugar, não há detalhamento da forma e condições em que se daria a referida participação popular, sendo certo afirmar, não obstante isso, que referidas normas são auto-aplicáveis, não sendo letra morta. De sorte que há de se analisar, dentro de um juízo de razoabilidade, se houve ou não, no processo legislativo em discussão, a impositiva participação popular.”

Diante do vazio legislativo que se apresenta atualmente, somente as peculiaridades do caso concreto poderão indicar se houve ou não observância do princípio da participação popular efetiva na avaliação do procedimento de elaboração de determinado plano diretor.

Não se pode encerrar o tema da participação popular na elaboração do plano diretor sem tratar dos vícios decorrentes de sua inexistência ou insuficiência.

José Afonso da Silva, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, já defendia a necessidade da introdução do planejamento urbanístico democrático no Brasil⁷⁹. A Constituição, então, positivou o que já vinha sendo defendido pela maioria dos planejadores urbanos, ao introduzir no direito constitucional brasileiro a necessidade de cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII, da CR88)⁸⁰. Esse preceito deve ser interpretado em sintonia com o art. 1º da Constituição, que eleva a democracia a princípio fundamental do Estado brasileiro. Uma das funções dos princípios é balizar ou condicionar a interpretação das regras. As regras, dentre tantas funções, servem para desenvolver o conteúdo excessivamente

⁷⁹ “Quando se diz que os planos são bons quando levam em conta o bem-estar do povo, quando são sensíveis às necessidades e aspirações deste, é preciso que se esclareça que tal sensibilidade há de ser captada por via democrática, e não idealizada autoritariamente, como é comum nos tecnocratas e nos salvadores do “bem comum” subjetivamente projetado. Merece afirmar, com destaque, que só o planejamento urbanístico democrático realizará aqueles princípios indicados acima. Este tipo de planejamento busca realizar-se com base no consentimento popular. Entende que o povo deverá participar, a fim de que seja legítimo. Esses princípios, que já constavam de edições anteriores deste volume, são agora exigências da Constituição, que, no referente ao planejamento municipal, declara que a Lei Orgânica do Município terá que assegurar a cooperação das associações representativas, além de prever a iniciativa popular de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, 5% do eleitorado (art. 29, X e XI). A Lei Orgânica do Município de São Paulo vai além na democratização do planejamento local. Não se limita à mera cooperação das associações representativas (no fundo das quais se esconde certo corporativismo), porque prevê a participação dos cidadãos, conforme se lê no § 3º do seu art. 143: “É assegurada a participação direta dos cidadãos, em todas as fases do planejamento municipal, na forma da lei, através das suas instâncias de representação, entidades e instrumentos de participação” – ainda que aí haja certa contradição, ao falar em participação direta através de instâncias de representação. Participação que o Estatuto da Cidade tornou obrigatória por via de debates, audiências e consultas públicas, ou por iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.” (SILVA, 2008 / 110,111).

⁸⁰ A mesma conclusão se extrai em José dos Santos Carvalho Filho: “Sobre a questão da participação popular, não custa lembrar que se trata de imposição de nível constitucional. Entre os preceitos que regem os Municípios, o art. 29, XII, da CF, segundo o qual é necessária a ‘cooperação das associações representativas no planejamento municipal’. Conquanto genérico o dispositivo, nele se aloja, sem dúvida, a participação dos Municípios, o caso através do terceiro setor, vale dizer, das entidades dotadas de representatividade dos diversos setores instalados no território municipal” (CARVALHO FILHO, 2006; 277). No mesmo sentido o entendimento de Elida Séguin: “A CF de 1988 conferiu à Constituição Municipal, tradicionalmente conhecida como Lei Orgânica, a competência sobre organização política, jurídica e administrativa do território municipal. Essa competência abrange a definição da política urbana. No âmbito local, com a obrigatória participação da comunidade (art. 29, XII), pode o Município implementar sua política urbana, conseqüentemente, seu Plano Diretor. No mesmo sentido, o Estatuto da Cidade prevê a gestão participativa, pois o Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política urbana.” (SÉGUIN, 2005; 83).

genérico dos princípios. Nesse sentido, o art. 29, XII, da CR88 (regra que estabelece a cooperação das associações representativas no planejamento municipal) pode ser entendido como desenvolvimento do princípio democrático contido no art. 1º, caput, da CR88.

Esses dois dispositivos constitucionais nos permitem afirmar que o planejamento urbano participativo foi alçado à estatura de norma constitucional, afrontando a Constituição interpretações jurídicas que amesquinhem a incidência da ampla participação em todas as fases do planejamento urbano. A necessidade de participação popular no âmbito do planejamento urbano também foi ressaltada pelo legislador ordinário. O Estatuto da Cidade, ao tratar das regras atinentes ao Plano Diretor, determinou que o processo de elaboração do plano diretor seja conduzido com participação popular (art. 40, § 4º, I, II, III e art. 2º, II). Nesse sentido, o princípio da participação popular insere-se no contexto de norma geral editada pela União, devendo ser obrigatoriamente observado pelos Municípios quando da elaboração, revisão ou alteração de seus planos diretores⁸¹.

As normas constitucionais e do Estatuto da Cidade acima citadas produziram diversos efeitos na interpretação do direito urbanístico. Não obstante a ausência de regulamentação minuciosa sobre o processo de elaboração e revisão de planos urbanísticos no direito brasileiro⁸², pode-se afirmar que a participação popular é elemento constitucional fundamental no curso deste processo, sendo certo que sua ausência ou insuficiência acarretará duas espécies de vícios. O vício da inconstitucionalidade por violação direta aos artigos 1º, caput, combinado com o art. 29, XII, da CR88, e o vício da ilegalidade, por violação aos dispositivos do Estatuto da

⁸¹ No mesmo sentido do texto é o entendimento de Nelson Saule Júnior: “Com base no preceito constitucional da democracia direta, preconizado no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, e da garantia da participação popular mediante a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, nos termos do artigo 29, XII, o direito à participação popular se transforma em requisito constitucional para a instituição do plano diretor e a fiscalização de sua implementação tanto no âmbito do Executivo municipal e da Câmara dos Vereadores.” (SAULE JÚNIOR, 2002; 269).

⁸² Os sistemas europeus continentais de planejamento urbano já sistematizaram todo o processo de elaboração de planos de ordenamento do território. Exemplo disso pode ser conferido no direito do urbanismo português, em que o processo de elaboração de planos urbanísticos encontra-se pormenorizadamente detalhado no Decreto-Lei nº 380/99, que estabeleceu o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial. Os artigos 69 a 83 que tratam do processo a ser seguido na elaboração dos planos municipais de ordenamento do território. Esses dispositivos legais tratam dos objetivos dos planos; do regime de uso do solo; da classificação do solo; da qualificação do solo; da competência para elaboração dos planos; do acompanhamento na elaboração dos planos; da fase de concertação dos planos; da forma de participação na elaboração dos planos; do parecer final de comissão de coordenação e desenvolvimento regional sobre a conformidade do plano com as disposições legais vigentes; da aprovação e ratificação dos planos; por fim, da forma de publicação, efeitos e vigência dos planos.

Cidade de observância obrigatória pelos Municípios (art. 40, § 4º, I, II, III e art. 2º, II)⁸³. Não há mais espaço no direito urbanístico brasileiro para o planejamento urbano tecnocrático (em que o urbanista define os rumos da política urbana de acordo com suas concepções técnicas), o cidadão tem o direito constitucional de decidir os destinos da cidade, a ênfase na participação popular é alcunhada de planejamento urbano democrático (ou planejamento urbano participativo).

O presidente da República vetou o § 5º, art. 40 do Estatuto da Cidade. Esse dispositivo legal dispunha ser nula a lei que venha a instituir o plano diretor em desacordo com o disposto no § 4º do artigo 40. Em outras palavras, o texto queria dizer que o plano diretor elaborado sem participação popular efetiva estava tísido de inconstitucionalidade. O veto fundou-se na violação do princípio federativo, pois a norma estaria a interferir no processo legislativo a ser seguido pelos Municípios. Ora, os efeitos da ausência de participação popular no processo de elaboração da lei do plano diretor não podem ser alçados à condição de norma de processo legislativo. Neste caso, o legislador federal apenas adiantou um efeito que decorre diretamente da violação dos artigos 1º, caput e 29, XII, da CR88, o que houve foi explicitação de comando contido na Constituição, e não violação de competência municipal para tratar de processo legislativo. Por aí se nota que o veto em nada alterou a classificação do vício decorrente da ausência ou insuficiência de participação popular na elaboração de planos diretores.

A par da constatação da inutilidade do veto, temos que eventual lei federal que venha a ser editada com o intuito de regulamentar a participação popular na elaboração de planos diretores não viola o princípio federativo, pois estará a concretizar o princípio da democracia no âmbito do planejamento urbano, além de servir como regra de contenção da excessiva discricionariedade que campeia neste domínio do direito público.

Não são poucos os doutrinadores que advogam a tese da inconstitucionalidade de leis municipais que editam planos diretores com ausência ou deficiência⁸⁴ de

⁸³ Além da ilegalidade há a violação reflexa da constituição, na medida em que a violação das normas do Estatuto da Cidade pelos Municípios, fere também o art. 24, I e art. 182, caput da Constituição. Essas normas definem a competência da União para editar normas gerais em matéria de direito urbanístico. A violação reflexa se dá quando o cotejo entre a norma violadora e a Constituição não pode ser apreciado sem a análise da legislação ordinária. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esse tipo de violação da Constituição não pode ser verificado no controle concentrado de constitucionalidade.

⁸⁴ A deficiência na participação popular deve ser investigada dentro do caso concreto trazido à apreciação do Poder Judiciário. Conforme já assentado, a Resolução 25 do CONCIDADES, que estabelece procedimento para elaboração de planos diretores pode ser tomada como parâmetro para definição da

participação popular. Dentre tantos, destacamos a posição de Nelson Saule Júnior⁸⁵ e de José dos Santos Carvalho Filho⁸⁶.

A jurisprudência de nossos tribunais tem acompanhado a evolução doutrinária. Já são inúmeros os julgados de tribunais de justiça estaduais que declararam inconstitucionais planos diretores por deficiência na participação popular.

Com efeito, não somente a omissão completa da utilização de mecanismos de gestão democrática na elaboração dos planos diretores enseja a declaração de inconstitucionalidade (como ocorre nos casos clássicos de planos diretores que se apresentam como meras cópias de planos de outros Municípios), a deficiência de participação popular também produz esse mesmo efeito. É o que ocorreu, por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade nº 70029607819, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS)⁸⁷. Neste caso concreto, o Município de Bom

questão, não podendo, contudo, ser imposta aos Municípios. Mesmo porque o Conselho ligado ao Ministério das Cidades não tem competência para editar norma geral em matéria de direito urbanístico.

⁸⁵ “Como já foi ressaltado, a União, através do Estatuto da Cidade, estabeleceu as normas gerais da política urbana. Ao dispor que o plano diretor é nulo por não atender aos requisitos definidos na Constituição e no próprio Estatuto da Cidade, o objetivo desta norma foi de conferir efetividade para o plano diretor ser um instrumento eficaz de política urbana. Esta norma não era dirigida para interferir na autonomia do Município de estabelecer processo legislativo municipal para o plano diretor. O objetivo foi de garantir uma proteção para o cidadão e a comunidade de promover o controle social sobre o processo do plano diretor, de modo que, em razão do descumprimento dos requisitos constitucionais, a comunidade possa pleitear no Judiciário a nulidade do plano. Esta nulidade independente deste veto, poderá ser solicitada por qualquer cidadão através dos remédios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais, tais como a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública, e a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei.” (SAULE JÚNIOR; 2002/273). Ressalvamos aqui nossa posição segundo a qual eventual lei federal que venha a tratar do procedimento da participação popular na elaboração de planos diretores não padece do vício de inconstitucionalidade, pois a definição da forma da participação é a concretização do princípio da democracia contido no art. 1º, caput, da CR88, não devendo ser confundido com normas atinentes ao processo legislativo de criação de normas no âmbito dos legislativos municipais. Tratar-se-á, então, de norma geral de direito urbanístico e não de norma sobre processo legislativo no âmbito municipal.

⁸⁶ “O § 5º do art. 40 foi alvo de veto, como consta no texto do Estatuto. Rezava o dispositivo que seria nula a lei municipal através da qual fosse instituído plano diretor em desconformidade com os preceitos do § 4º do mesmo art. 40. O fundamento residiu na circunstância de que a norma seria inconstitucional por ofender o princípio da autonomia municipal e do pacto federativo. Em nosso entender, mais que inconstitucional a norma seria desnecessária dentro do sistema de controle de constitucionalidade. A inconstitucionalidade é óbvia: se a constituição atribui à União a edição das normas gerais sobre política urbana, como está no art. 182, infere-se que a norma municipal que desatenda à regra federal estará fatalmente em desconformidade com o mandamento constitucional fixador da competência federal. Desse modo, mesmo com a oposição do veto, se a lei instituidora do plano diretor não observar as imposições previstas na lei federal, sujeitar-se-á a controle de constitucionalidade, que poderá ser principal (ou por via de representação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado), no caso de a norma federal ser reproduzida na Constituição Estadual, conforme já autorizado pelo STF, ou incidental, se o questionamento da inconstitucionalidade for discutido como matéria prejudicial em relação ao pedido principal formulado na ação.” (CARVALHO FILHO, 2006/279).

⁸⁷ “Ação direta em que se postula a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2.422, de 23 de outubro de 2006, dispondo acerca do plano diretor urbano do Município de Bom Jesus. A norma do art. 177, § 5º, da CE, concretizando o princípio da democracia direta ou participativa, exige, como

Jesus/RS promoveu apenas uma consulta pública à população sobre o conteúdo do plano. E o que é mais grave, apresentou à população um plano diretor anteriormente elaborado, impedindo que a comunidade participasse da construção das opções urbanísticas inseridas no plano.

Frise-se que não é somente a elaboração ou revisão do plano que demanda participação popular efetiva. Alterações pontuais no plano diretor também devem passar pelo crivo da população local. Como já afirmado alhures, o princípio democrático no domínio do planejamento urbano não pode ser amesquinçado por interpretações que flexibilizem o rigor do mandamento constitucional (art. 1º, caput c/c art. 29, XII da CR88). A jurisprudência tem acompanhado esse entendimento. Em outra decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade o TJRS declarou a inconstitucionalidade de lei que alterou os limites do distrito industrial do Município de Horizontina/RS fixados no plano diretor, estreitando em 10 metros a faixa de proteção verde do distrito industrial⁸⁸. Ora, a alteração do perímetro de zoneamento urbano (no caso perímetro de distritos industriais) é matéria típica de plano diretor. Logo, somente pode ser alterada seguindo as balizas constitucionais acerca da gestão democrática no âmbito do planejamento urbanístico.

O acórdão também decidiu outra questão relevante para o futuro do planejamento urbano no Brasil. O prefeito municipal, representado na ação direta, alegou em defesa da norma impugnada que o Município de Horizontina/RS não estava obrigado a editar o plano diretor, pois não possuía 20.000 (vinte mil) habitantes. Logo, eventual alteração poderia ser aprovada sem a participação popular exigida pela Constituição. O argumento foi rechaçado acertadamente pelo tribunal local. Primeiro porque a adoção do plano diretor no desenvolvimento da política urbana implica subordinação ao regime jurídico previsto na Constituição e no Estatuto da Cidade,

requisito de validade do processo legislativo, a efetiva participação da comunidade na definição do plano diretor do seu Município. Insuficiência da única consulta pública realizada pelo Município de Bom Jesus. Inconstitucionalidade formal, por afronta ao art. 177, §5º, da CE, da Lei n.º 2.422, de 23 de outubro de 2006, do Município de Bom Jesus. Concreção também da norma do art. 40, §4º, I, do Estatuto da Cidade. Precedentes. JULGARAM PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70029607819, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 25/01/2010)”

⁸⁸ “É inconstitucional a Lei nº 1.468/2001, do Município de Horizontina, pois editada sem que promovida a participação comunitária, para deliberação de alteração do Plano Diretor do Município, conforme exige o art. 177, § 5º, da Constituição Estadual e o art. 29, XII, da Constituição Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70028427466, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 20/07/2009)”

sendo verdadeira teratologia jurídica aceitar que a legislação local altere esse regime. Não há razão jurídica para que a elaboração, revisão e alteração de planos diretores sejam procedidas sem participação popular em Municípios que não tenham obrigação de instituí-los. Não há falar em limitação dos instrumentos de concretização da democracia direta em homenagem a interpretação literal da regra constitucional que determina ser obrigatória a edição de planos diretores apenas para Municípios com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes. Segundo porque o art. 29, XII, da CR88 fala em ‘cooperação das associações representativas no planejamento municipal’, não trazendo qualquer regra que limite a cooperação a um determinado tipo de planejamento.

É de rigor salientar que qualquer matéria atinente ao ordenamento físico do território do Município, mediante planejamento do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano deve ser editada com os requisitos previstos para a edição do plano diretor. Assim, não somente as leis que diretamente promovam a alteração do plano devem ser precedidas de participação popular, mas também as leis que, sem alterar diretamente o plano, promovam o ordenamento do território, devem ser editadas mediante processo decisório democrático. Paradigma desse tipo de inconstitucionalidade é encontrado em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que definiu como zona urbana as margens de uma represa localizada na zona rural do Município⁸⁹. Ora, a alteração da classificação do solo do Município (se área urbana, de expansão urbana ou rural) é matéria atinente ao ordenamento físico do território. Logo, deve ser vazada pela via do plano diretor, com a prévia participação popular em todas as fases do processo.

Ainda em sede de efeitos decorrentes de vícios pela não observância da participação popular na elaboração, revisão e alteração de planos diretores é fundamental destacar a incursão do prefeito nas penalidades decorrentes do cometimento de improbidade administrativa pelas ações de ‘impedir’ ou ‘deixar de garantir’ a participação da população no processo de planejamento urbano. Com efeito,

⁸⁹ “Ação direta de inconstitucionalidade - Lei n° 2.362/13.11.2008, do Município de Caconde, sancionada e promulgada pelo alcaide daquela urbe após aprovação pela Câmara Municipal, que "Declara como zona urbana área marginal à Represa Caconde e dá outras providências" - não se faz por lei declaração tal sem a oitiva da comunidade e sem a elaboração do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, aquela sempre de rigor no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, essa o único meio capaz de avaliar a bondade de suas conseqüências frente ao princípio da prevenção, ao Direito Ambiental afeito -violação dos artigos 144, 180, I, II, III e V, 191 e 192 da Constituição Estadual - ação procedente.” (autos n° 029199-24.2010.8.26.0000).

dispõe o art. 52, VI, do Estatuto da Cidade que o prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da lei federal nº 8.429/92, quando impedir ou deixar de garantir o cumprimento dos requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 do mesmo Estatuto. O dispositivo legal, por certo, merece encômios, pois busca tornar efetivo o mandamento que conferiu estatura constitucional à participação popular no planejamento urbano. No entanto, não se pode deixar de alertar que a improbidade administrativa somente se configura quando resta provada uma ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público. Há necessidade de apuração de culpa grave ou dolo no curso da ação civil pública para que se configure a improbidade, sem a presença do elemento subjetivo não se aplica a penalidade, pois a responsabilidade do agente público não é objetiva. A regra é a imputação de responsabilidade ao agente público quando atua com culpa ou dolo, configurando-se como exceção, expressamente prevista em lei, os casos de imputação objetiva de responsabilidade. Conclui-se, então, que não é qualquer desvio no curso do processo de elaboração do plano diretor que pode ser imputado ao chefe do Executivo local.

Ao nosso juízo, qualquer cidadão pode ajuizar ação popular para garantir que o processo de elaboração, revisão ou alteração do plano diretor transcorra com participação popular. Nesta ação deverá indicar os fatos que configuram a ausência ou deficiência no processo participativo. O Poder Judiciário poderá proferir decisão, mesmo em sede de liminar, determinando que se realizem atos de consulta à população sobre a proposta de plano apresentada. Não se pode afirmar nesses casos que haja interferência do Poder Judiciário em ato privativo dos Poderes Executivo e Legislativo, pois o que se está a garantir em casos assim é o cumprimento do princípio constitucional da democracia no desenvolvimento da política urbana (art. 1º c/c art. 29, XII). Eventual conflito entre princípios se resolve em prol da democratização no processo de planejamento urbano. Não se olvide, também, que a correção pontual de falhas no curso do processo de elaboração do plano diretor (por exemplo: determinação judicial de realização de audiência pública proferida em ação popular ou em ação civil pública) é medida de economia processual que se impõe, pois evita que a futura lei do plano diretor seja declarada inconstitucional por deficiência no processo de participação popular. Certo é que após a citação para esta ação não há mais falar em boa-fé do chefe do Executivo, presumindo-se relativamente a má-fé em futura ação de improbidade que

venha a ser ajuizada por impedir ou não garantir a participação popular efetiva no processo de elaboração do plano diretor.

3. Vinculação da Administração às decisões tomadas na fase de participação popular

No item anterior ficou assentado que a participação popular na elaboração do plano diretor é princípio de índole constitucional, extraível da combinação do art. 1º, caput, com o art. 29, XII. Mesmo que de forma parcimoniosa, o Estatuto da Cidade desenvolveu a disciplina da participação coletiva no processo de elaboração e fiscalização da implementação do plano diretor. O Estatuto garantiu a realização de audiências públicas, a ampla publicidade de documentos e o amplo acesso às informações produzidas neste processo (art. 40, § 4º, I, II e III).

A doutrina do direito urbanístico já promoveu inúmeras classificações das normas contidas no Estatuto da Cidade. Dentre as classificações mais evidentes, destacamos a divisão do Estatuto em 03 tipos de normas de acordo com seu conteúdo. O Estatuto possui normas principiológicas nos artigos 1º a 3º (capítulo I do Estatuto); normas que regulam os instrumentos de gestão urbanística nos artigos 4º a 42 (capítulos II e III do Estatuto); e normas que regulam o processo de gestão democrática dos instrumentos de gestão territorial nos artigos 43 a 45 (capítulo IV do Estatuto). Os instrumentos de gestão urbanística foram alocados entre as normas principiológicas e as normas de gestão democrática. Isso não se deu por acaso. Com isso a lei sinaliza ao exegeta que os instrumentos de gestão urbanística (segunda parte do Estatuto) devem ser interpretados de acordo com os objetivos inscritos na parte principiológica (primeira parte do Estatuto), garantindo-se execução democrática da política urbana (terceira parte do Estatuto). Essa divisão topográfica das normas do Estatuto nos permite concluir que não apenas a elaboração do plano diretor deve ser precedida de participação da sociedade interessada, estendendo-se essa obrigação aos demais instrumentos de gestão urbanística criados pelo Estatuto.

Para garantir o processo democrático no desenvolvimento sustentável das cidades o Estatuto arrola em seu art. 43 alguns instrumentos jurídicos, tais como, a

criação de órgãos colegiados de política urbana; debates; audiências e consultas públicas; conferências urbanas; e iniciativa popular de projeto de lei em matéria urbanística. A enumeração é meramente exemplificativa, outros instrumentos de participação, notadamente os que se utilizem de meios eletrônicos, podem e devem ser criados no âmbito da legislação urbanística municipal.

Pois bem, após traçar o quadro normativo dos instrumentos de gestão democrática do planejamento urbano das cidades, é preciso responder à questão dos efeitos jurídicos das decisões tomadas no âmbito da participação popular, em outras palavras, é preciso saber se essas decisões são vinculantes ou opinativas em relação às opções urbanísticas inseridas no plano diretor pela Administração Pública. A questão não é simples, pois o Estatuto da Cidade, embora tenha dado grande relevo à participação democrática na formação da decisão administrativa, não definiu os efeitos dessa participação⁹⁰.

De fato, tal como exposto por Maria Paula Dallari Bucci, não faz sentido a realização de audiências públicas e consultas populares obrigatórias se as posições nelas produzidas fossem apenas indicativas do comportamento futuro da Administração. As leis de processo administrativo nada dispõem a respeito deste tema. A lei de processo administrativo federal (lei federal nº 9.784/99) trata em seus artigos 31 a 34 de instrumentos de participação popular em matérias administrativas que sejam de interesse geral. A lei trata dos instrumentos da consulta e audiência públicas. No entanto, além de não enfrentar a questão dos efeitos da decisão proferida no âmbito da consulta e da audiência, a abertura do processo administrativo à participação popular se mostra facultativa (ao contrário do que ocorre no âmbito do plano diretor).^{91,92}.

⁹⁰ Maria Paula Dallari Bucci destacou a complexidade dessa questão. Adiantou que o empréstimo de efeitos meramente opinativos às decisões proferidas em audiências públicas tornaria sem sentido a consulta à população: “Finalmente, há a questão mais complexa dos efeitos a serem atribuídos às audiências públicas e às posições nelas produzidas, se vinculantes ou não. Sobre essa questão, embora não haja ainda conclusão definitiva da doutrina processual administrativa, deve-se considerar que sem a vinculatividade perderia grande parte de seu sentido a realização das audiências públicas, que teriam papel apenas figurativo.” (BUCCI, 2002/348).

⁹¹ Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho e Tatiana Martins da Costa Camarão ao comentarem a lei federal de processo administrativo salientam o caráter facultativo das audiências e consultas públicas. As autoras salientam que o caráter facultativo ou obrigatório da convocação da audiência ficará jungido aos ditames do direito positivo: “Há que ficar claro, que a realização de consulta e audiência pública, salvo quando há exigência legal específica, é uma faculdade colocada à disposição da autoridade ou órgão competente, que poderá utilizá-las quando entender oportuno e conveniente, embora seja sempre recomendável em face do espírito democrático da Constituição”. As mesmas autoras, em outra passagem, aduzem que as decisões proferidas em sede das audiências e consultas reguladas pela lei federal de processo administrativo são meramente opinativas. “Em suma, a audiência pública e a consulta pública permitem a participação popular na tomada de decisão. Vale lembrar, ainda, que as conclusões da

Por aí se vê a distância existente entre a audiência pública e a consulta pública reguladas pela lei federal de processo administrativo e esses mesmos instrumentos quando utilizados na gestão democrática das cidades, notadamente na fase de elaboração, revisão ou alteração de planos diretores, aqui a participação é obrigatória sob pena de incidência do vício da inconstitucionalidade.

Com efeito, a facultatividade da própria convocação induz ao raciocínio de que as decisões proferidas nas audiências e consultas públicas reguladas pela lei de processo administrativo federal sejam meramente opinativas. Se a própria convocação é facultativa, se a Administração pode decidir a questão de forma unilateral, sem oitiva dos interessados, para muitos se mostra razoável que a adoção da decisão proferida no âmbito da audiência ou consulta pública se mostre opinativa. Esse raciocínio, que não advogamos⁹³, não se presta a fundamentar as audiências e consultas formuladas no processo de elaboração do plano diretor, pois, repita-se, a convocação da participação popular nesse domínio é obrigatória por força constitucional e legal.

O poder nas democracias modernas concentra-se nas mãos do povo. O exercício do poder se dá por via de representantes ou diretamente. A própria Constituição cria instrumentos de exercício do poder pelo próprio povo, são eles o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular no processo legislativo. Além desses instrumentos constitucionais de exercício da democracia direta, as leis ordinárias, em desenvolvimento do princípio democrático previsto no art. 1º da Constituição, criaram outros instrumentos de

audiência e da consulta têm caráter meramente opinativo, mas, caso a autoridade não adote as sugestões apresentadas, deverá motivar a sua decisão (art. 34)” (CAMARÃO, FORTINI, PEREIRA, 2008/142).

⁹² Marcos Augusto Perez também afirma que as decisões proferidas no âmbito das audiências públicas possuem caráter meramente opinativo: “A audiência pública é o instituto de participação popular na Administração Pública, de caráter não vinculante, consultivo ou meramente opinativo, inserido na fase instrutória do processo decisório, consistente na realização de uma sessão pública aberta a todos os interessados e voltada ao esclarecimento e à discussão de todos os aspectos e problemas envolvidos em uma determinada decisão administrativa.” (PEREZ, 2004/168).

⁹³ Ao nosso juízo a facultatividade conferida pela lei nº 9.784/99 (art. 31) à convocação de audiências públicas não pode ser estendida à adoção ou não da decisão proferida no âmbito da audiência pública. A Administração, por lei, não tinha o dever de convocar a audiência. No entanto, se convocou, deve, como regra geral, acatar as decisões proferidas na audiência. Esse raciocínio é mais consentâneo com o caráter republicano e democrático da Constituição brasileira. O intérprete do texto normativo não pode esquecer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente. As deliberações em audiência pública nada mais são do que o exercício do poder diretamente pelo cidadão. Em casos tais, a Administração devolve ao cidadão o poder que lhe foi outorgado. Essas idéias, perfeitamente adequadas aos instrumentos de participação popular exercidos no âmbito do planejamento urbano, também são extensíveis a todo processo administrativo em que haja interesse público que, ao juízo do administrador público, tenha relevo suficiente para convocação de audiência ou consulta pública. Maiores desenvolvimentos sobre este raciocínio são encontrados na obra de Marcos Augusto Perez, *Administração Pública Democrática*, publicada pela editora Fórum.

participação no exercício do poder pelo próprio cidadão, dentre estes instrumentos merecem destaque as audiências públicas, debates públicas, consultas públicas, conferências sobre temas de interesse urbanístico, dentre outros.

A partir de fundamentos lançados por Marcos Perez ao estudar o novo perfil da ‘Administração Pública Democrática’, entendemos que a utilização de instrumentos de participação popular pela Administração tem o condão de provocar o retorno do poder para o círculo de quem originariamente o possui, o cidadão (art. 1º da CR88)⁹⁴. Assim, o poder conferido ao representante retorna às mãos do representado. Por isso, a decisão proferida no âmbito dos instrumentos participativos de elaboração do plano diretor pelos cidadãos, como regra geral, vincula a Administração Pública. Quando o cidadão, em assembléia popular, decide acerca dos destinos urbanísticos de uma dada região da cidade, está a exercer um poder que lhe é próprio, não atua como mero coadjuvante da Administração, não atua como assessor da Administração, nem referenda decisões adrede concebidas pelos técnicos da Administração Pública. A mudança de paradigma constitucional do planejamento urbano de tecnocrático para democrático produziu profundas mudanças na forma de se interpretar o direito urbanístico, dentre elas, a vinculação da Administração às decisões proferidas em sede de participação popular preparatória do futuro plano diretor. Assim, se a população reunida em conferência urbana decide que a cidade deve expandir para o setor norte, não pode a Administração decidir que a expansão se dará para o setor sul. Se a população decide que determinada região deve receber potencial urbanístico restritivo, em razão de suas notáveis características históricas e culturais, não pode a Administração definir esta mesma área como de adensamento preferencial⁹⁵.

Com isso não se quer afirmar que os poderes dos cidadãos reunidos em audiência pública sejam ilimitados. O que se quer deixar assentado é que entre duas opções urbanísticas tecnicamente viáveis, prevalecerá a opção aprovada democraticamente pela comunidade.

⁹⁴ O termo cidadão aqui é usado em sentido amplo, não se limitando apenas àqueles que têm capacidade de exercício do voto.

⁹⁵ Pelo menos no âmbito das questões urbanísticas que são objeto de plano diretor, as resoluções tomadas no âmbito dos instrumentos de participação popular (audiência pública, conferência urbana etc.) vinculam a Administração Pública, não se admitindo que o conteúdo do projeto de lei enviado à Câmara pelo Executivo adote opções urbanísticas distintas das deliberadas pelos cidadãos.

Dois óbices podem ser levantados em relação às resoluções tomadas em audiências públicas preparatórias de planos diretores. Uma de ordem jurídica, outra de ordem urbanística.

O óbice jurídico refere-se à compatibilidade que deve estar presente entre a resolução tomada e a Constituição e leis hierarquicamente superiores ao plano diretor. Exemplo concreto desta incompatibilidade se deu na recente revisão do plano diretor do Município de Belo Horizonte⁹⁶. A conferência urbana que preparou a revisão do plano diretor decidiu que os imóveis originariamente doados pelo Município para pessoas jurídicas que prestam serviço de interesse público seriam geradores de transferência do direito de construir, caso fossem declarados de interesse para preservação histórica. Ora, a transferência do direito de construir é instrumento de gestão urbanística criado pelo Estatuto da Cidade com a finalidade de compensar o proprietário do imóvel declarado de interesse público para preservação histórica em razão da perda parcial de potencial construtivo. Ocorre que nos casos de doações sem encargo a transferência do imóvel se dá de forma gratuita, não se configurando o elemento que está subjacente à transferência do direito de construir, que é o eventual prejuízo decorrente da incidência de uma restrição de interesse público sobre o imóvel. Essa resolução da conferência violou o Estatuto da Cidade, razão pela qual deve ser afastada pela Administração, mediante decisão fundamentada.

O óbice urbanístico refere-se à viabilidade técnico-urbanística da resolução tomada em sede de participação popular. Resoluções inviáveis tecnicamente devem ser fundamentadamente afastadas. Resolução que decide pelo adensamento de área sem infra-estrutura adequada é tecnicamente inviável. Neste caso, a resolução popular encontra óbice tanto urbanístico quanto jurídico, pois o Estatuto da Cidade não admite o adensamento de áreas sem infra-estrutura (art. 2º, VI, 'c').

4. Iniciativa de lei do plano diretor

⁹⁶ O plano diretor da capital mineira foi aprovado pela Lei Municipal nº 7.165/96 e revisto pela Lei Municipal nº 9.599/2010.

A elaboração, revisão ou alteração do plano diretor é ato conjunto dos Poderes Executivo e Legislativo. A dinâmica de criação de qualquer plano urbanístico envolve inicialmente o diagnóstico da atual situação espacial do território que se pretende intervir. De modo que todo plano diretor deve vir acompanhado de estudos sobre as características biofísicas do território, a dinâmica demográfica da região, as perspectivas de desenvolvimento sociais e culturais, a estrutura fundiária da área de intervenção. A partir desse diagnóstico é que se fundamentam as soluções propostas no plano.

O processo de planificação do ordenamento do território é contínuo. O diagnóstico da cidade fundamenta decisões urbanísticas que serão incluídas no futuro plano. Após a elaboração do plano há um contínuo processo de acompanhamento e controle da execução do que foi planejado. O acompanhamento da execução do plano é realizado pelos órgãos da Administração Pública urbanística, com participação da sociedade⁹⁷. Os dados acerca do estágio da execução do plano servem de fundamento para a revisão do plano diretor ou para elaboração de um novo plano. Essa realidade do planejamento urbanístico foi encampada por nosso direito positivo ao se incluir no Estatuto da Cidade a necessidade de revisão do plano, pelo menos, a cada dez anos (art. 40, § 3º).

Essa dinâmica urbanística e jurídica de elaboração, revisão e alteração do plano diretor é fundamental para compreender e definir como privativa do Poder Executivo a iniciativa da lei do plano diretor.

Não são poucos os autores que afirmam que a iniciativa do projeto de lei que institui o plano diretor não é exclusiva do Poder Executivo, podendo o projeto do futuro plano ou a revisão do plano existente ser apresentado por qualquer dos membros do Legislativo Municipal.

José dos Santos Carvalho Filho entende que a iniciativa do processo legislativo é comum. O processo de criação do plano poderia então ser deflagrado por qualquer vereador, comissão do legislativo ou por projeto de iniciativa popular. Esse autor reconhece que a matéria tratada no plano diretor é de índole eminentemente administrativa, sendo de praxe que a iniciativa da lei do plano seja do Executivo municipal⁹⁸. No entanto, obtempera que razões de ordem administrativa não interferem

⁹⁷ Art. 40, § 4º, I, II e III do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001).

⁹⁸ “É bem verdade que, em termos práticos, a arquitetura do plano diretor é reservada ao prefeito como chefe do Poder Executivo Municipal, e isso pela simples razão de que se trata de atividade de caráter eminentemente administrativo, vale dizer, atividade em relação à qual prepondera o poder de gestão dos

na competência constitucional para iniciativa de projeto de lei. Para o autor o art. 61, § 1º da CR88 não concede ao Poder Executivo competência privativa para instaurar processo sobre matéria urbanística. E como incide o princípio da simetria em matéria de processo legislativo, as constituições estaduais e leis orgânicas não poderiam reservar competência privativa nesta matéria para o prefeito municipal.

Interessante notar que o próprio Carvalho Filho afirma que o plano diretor apresenta dois momentos distintos. No primeiro momento elaboram-se estudos e estratégias que são aprovados por meio de atos administrativos. No segundo momento os estudos se convertem em norma jurídica após aprovação pelo Poder Legislativo⁹⁹. Obviamente, pode o Poder Legislativo editar atos administrativos no exercício da função administrativa. Entrementes, o Legislativo não possui a mais mínima estrutura para realizar estudos, elaborar ações e estratégias sobre política urbana, fazer diagnósticos sociais, econômicos e culturais da população atingida pelo planejamento. Logo, cremos que o ato administrativo referido por Carvalho Filho é o praticado pelo Poder Executivo, quando promove o diagnóstico do território que será objeto da ordenação futura. Ora, se o Executivo elabora todos os estudos e os transforma em projeto de lei, parece-nos que compete a este Poder, de forma privativa, a competência privativa para instaurar o processo legislativo. A existência de uma primeira fase administrativa na elaboração do plano diretor confirma esse entendimento.

Cristiana Fortini também faz coro com Carvalho Filho. Em artigo publicado na Revista de Direito Municipal intitulado ‘Plano Diretor – Temas Polêmicos’ afirmou a autora que a iniciativa do legislativo na apresentação do projeto de lei do plano tem fundamento na indisponibilidade do interesse público. Assim, não poderia a população do Município sofrer as conseqüências da omissão do prefeito em remeter ao Legislativo local o projeto de lei¹⁰⁰.

dirigentes da Administração Municipal, sendo normal que desta emane a criação das regras, ações e estratégias integrantes do plano diretor, que comporão o projeto de lei. Mas tal sentido, repetimos, reveste-se apenas de conteúdo prático, de modo que, do ângulo constitucional, não há lugar para qualquer iniciativa privativa. Por isso, permitimo-nos discordar daqueles que atribuem ao prefeito a iniciativa privativa para elaborar o projeto de lei relativo ao plano diretor.” (CARVALHO FILHO, 2006/271).

⁹⁹ “Sob o aspecto formal, assim, o planejamento urbanístico apresenta dois momentos. No primeiro, elaboram-se o plano diretor como ato administrativo dotado de um conjunto de ações, projetos, estudos, estratégias de natureza urbanística. Discutidos esses elementos, incorporam-se eles, num segundo momento, ao projeto de lei de instituição, restando transformados aqueles elementos em normas jurídicas sujeitas à discussão no Poder Legislativo.” (CARVALHO FILHO, 2006/270).

¹⁰⁰ “Não elaborar o plano diretor significa não tecer um planejamento adequado para o Município, contrariando, frontalmente, um dos pilares constitucionais, conforme já dito oportunamente. Diante desse argumento, não seria possível admitir aos Vereadores o poder de iniciativa, caso silente o Prefeito no

O Estatuto da Cidade determinou que os Municípios obrigados a elaborar plano diretor deveriam fazê-lo até 30.06.2008 (art. 50). Determinou, também, a necessária revisão do plano no período máximo de 10 (dez) anos. Assim, caso o chefe do Executivo deixe escoar *in albis* este prazo, poderia o legislador suprir a omissão. Propugnamos outra forma de ação para afastar esta inércia. Em casos assim pode o cidadão ajuizar ação popular postulando ao Judiciário a condenação do chefe do Executivo à obrigação de fazer, qual seja, remeter, em tempo razoável, projeto de lei do plano ao Legislativo local. Esse mesmo pedido pode ser formulado pelos legitimados ao ajuizamento de ação civil pública. Não cremos que haja nessa proposição violação ao princípio da separação dos poderes, pois eventual conflito entre o direito ao território fisicamente ordenado, tal qual previsto nos art. 182 da CR88, tem nítida prevalência sobre o princípio constitucional formal da separação entre poderes.

A autora ainda argumenta que a ausência de corpo técnico (urbanistas) no âmbito do Legislativo pode ser suprida pela contratação de terceiros que se incumbiriam de realizar estudos necessários à elaboração do projeto de plano. Ademais, não raras vezes o próprio Executivo contrata terceiros para o auxiliar na elaboração destes estudos. Ocorre que o planejamento urbano é uma tarefa constante, não se limitando à produção de estudos para revisão ou elaboração do plano diretor. A realização dos estudos iniciais para elaboração do plano não esgota a tarefa de planejamento. Tratando-se, pois, de tarefa contínua, não pode ser outorgada a particular mediante contrato. Não se quer com isso defender a impossibilidade de contratação de terceiros estranhos à Administração para o exercício da atividade urbanística. Entretanto, isto pode ocorrer de forma pontual, para realização de trabalhos específicos. Caso a Administração não tenha

prazo fixado pelo Estatuto da Cidade? Entendo que sim e o faço com espeque em outros argumentos que se somam ao mais importante: a indisponibilidade do interesse público, uma vez que o plano diretor é mecanismo de extrema valia para a população. O primeiro dos argumentos decorre do fato de que os estudos que antecedem o plano diretor, em alguns casos, são realizados por pessoas contratadas pelo Município, diante da escassez de corpo funcional detentor de conhecimento técnico sobre o assunto. Uma vez que o emprego de um modelo rígido, acadêmico de plano diretor não produzirá resultados satisfatórios, torna-se incontestável a demanda por profissionais que realmente reúnam conhecimentos técnicos para sua formulação. Nesse sentido, defende Hely Lopes Meirelles (Direito Municipal Brasileiro, p. 396) a possibilidade de contratação de profissionais de notória especialização na matéria, obviamente supervisionados pela Poder Público. Ora, se a participação de terceiros, estranhos à estrutura funcional da Administração Pública, pode se fazer essencial (e quase sempre o é) sob pena de comprometer a exequibilidade do plano, o que impediria o Município, por intermédio, da Câmara Municipal, de realizar tal contratação? Há, ainda, a questão dos dados que, infelizmente, quando catalogados raramente são atualizados. Assim, o argumento de que o Executivo Municipal dispõe de todos os dados e de especialistas para a formulação do projeto de plano diretor quase sempre não se ajusta à realidade. Os Municípios, em grande parte, não apenas não mantêm em seus quadros os citados profissionais como igualmente não possuem banco de dados capaz de alicerçar o plano diretor” (FORTINI, 2004/35,36).

estrutura suficiente para desenvolver sua política urbana deve se organizar administrativamente para cumprir essa tarefa que é de índole constitucional, e não transferi-la aos particulares¹⁰¹. O Município que não possui corpo técnico sequer para coordenar e referenciar os trabalhos necessários à elaboração do plano diretor, não deve contratar particulares para elaborar um plano. Primeiro deve se estruturar minimamente constituindo equipe multidisciplinar para proceder ao planejamento urbano. Após isso, nada impede a contratação de parceiros privados para o desenvolvimento de alguns estudos urbanos.

O direito urbanístico não se confunde com o urbanismo. O direito ao introduzir algumas técnicas urbanísticas no ordenamento jurídico lhes empresta força cogente.

Essa é uma realidade da qual o operador do direito não pode se afastar. Contudo, o intérprete dos textos legais não pode olvidar alguns fatos urbanísticos notórios que influenciam na interpretação do direito urbanístico. Dentre estes fatos encontra-se o método de formulação dos planos diretores. O plano envolve a elaboração de mapas; a classificação do sistema viário; a definição da área urbana, de expansão urbana e rural do Município; a instituição de inúmeros parâmetros urbanísticos em conformidade com as diretrizes do plano; a classificação dos usos possíveis em cada região da cidade; a definição do zoneamento; a criação de zonas de interesse ambiental e cultural etc. Todas essas atividades são absolutamente incompatíveis com o regime constitucional a que se encontra jungido o Poder Legislativo, mais direcionado ao controle das atividades desenvolvidas pelo Poder Executivo. Nada impede que o Legislativo contrate profissionais para auxiliá-lo no processo de aprovação do plano diretor. Daí à contratação de equipe multidisciplinar para elaborar todos os estudos necessários à fundamentação de uma proposta de plano diretor vai um oceano atlântico.

De todo modo, não são apenas razões urbanísticas que tornam a iniciativa da lei do plano privativa do Chefe do Poder Executivo. Razões de ordem jurídica também levam à mesma conclusão. Com efeito, deve o plano diretor ser elaborado em sintonia

¹⁰¹ Nossa posição também é defendida por José Afonso da Silva em seu clássico *Direito Urbanístico Brasileiro*: “Entre os instrumentos que integram a elaboração do plano diretor encontra-se o projeto de lei a ser submetido à Câmara Municipal, para sua aprovação. A iniciativa desta lei pertence ao Prefeito, sob cuja orientação se prepara o plano. O processo de elaboração dessa lei segue as regras do processo legislativo estabelecido na lei orgânica dos Municípios, mas aqui também se há de garantir aquela participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, como visto acima em relação ao Poder Executivo (Estatuto da Cidade, art. 40, § 4º). Apresentado o projeto à Câmara, com todos os documentos do plano, o Presidente desta o remeterá às comissões competentes, para estudo e parecer.” (SILVA, 2008/146).

com os instrumentos de planejamento tributário. As razões são óbvias, não há como executar o planejamento urbano sem a realização de gastos pelo tesouro municipal. A execução do plano envolve, não raras vezes, a abertura e alargamento de vias, construção de unidades habitacionais, desapropriação de imóveis, criação de cargos e empregos públicos para execução adequada do plano etc. Não é por outra razão que o Estatuto da Cidade inclui entre seus instrumentos o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (art. 4º, III), e afirma ser o plano diretor parte integrante do planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas (art. 40, § 1º). Estes instrumentos devem fazer previsão dos gastos decorrentes da aprovação do plano diretor. Logo, há íntima imbricação entre o plano diretor e a lei orçamentária. Por essa razão, é de rigor que a iniciativa do processo legislativo que cria ou modifica o plano diretor seja da mesma autoridade que tem a iniciativa para a elaboração do orçamento. Nesse sentido, não é por criar despesa para o Executivo que se veda a iniciativa da lei do plano ao membro do legislativo, mas sim em razão da estreita sintonia entre o plano urbano e a lei orçamentária. Assim, ao nosso juízo, a reserva de iniciativa referente à matéria orçamentária estende-se à elaboração do plano diretor.

O princípio constitucional da participação popular na elaboração do plano também recomenda que o processo de elaboração do plano se inicie no âmbito do Poder Executivo. Obviamente, a participação popular será ampliada quando os debates, consultas e audiências se dêem no âmbito dos dois Poderes Políticos do Município. De modo que a iniciativa do legislador, além de não ser recomendável sob os pontos de vista político e administrativo, limita a incidência da participação democrática que se dá no âmbito do Poder Executivo. Muito para além de limitar a participação popular, a iniciativa da lei pelo legislador suprime toda a fase administrativa do plano. Já tivemos oportunidade de afirmar que o plano diretor é composto de duas fases: uma administrativa em que se definem as melhores opções urbanísticas para a coletividade. Essa fase, de intensa participação popular, encerra-se com a remessa do projeto de plano ao legislativo.

O legislador ordinário também parte do pressuposto que a competência constitucional para iniciativa da lei do plano é privativa do chefe do Executivo. O art. 52, VII c/c o art. 40, § 3º do Estatuto da Cidade dispõe que constitui improbidade

administrativa a conduta de ‘deixar de tomar as providências necessárias para garantir a revisão do plano diretor’. A norma é dirigida apenas ao prefeito municipal, em um claro sinal de que compete a ele a iniciativa do projeto de lei de revisão do plano diretor.

A jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais endossa a tese de que a iniciativa da lei do plano é exclusiva do chefe do Executivo. O TJSP na ADI nº 9032806-23.2009.8.26.0000¹⁰² declarou a inconstitucionalidade de lei que alterou o plano diretor do Município de Suzano. Segundo o tribunal o conteúdo material da lei impugnada requer prévio planejamento administrativo, configurando-se como ato típico de gestão administrativa, razão pela qual a iniciativa fica reservada ao Executivo. Com esse fundamento o tribunal paulista julgou inconstitucional lei de iniciativa de vereador que alterou o regime jurídico dos usos permitidos de uma dada região da cidade, além de modificar os padrões urbanísticos para a implantação de conjuntos habitacionais e diminuir prazos para a análise de processos concessivos de licença urbanística.

Em outra oportunidade o mesmo TJSP declarou inconstitucional lei de iniciativa parlamentar que determinava a criação e ampliação de corredores comerciais e de serviços, além de promover a ampliação de zonas residências e comerciais¹⁰³.

O mesmo TJSP declarou inconstitucional lei do Município de Ribeirão Preto que alterou a lei de zoneamento do solo¹⁰⁴ do Município a partir de iniciativa de parlamentar. Esse caso concreto se revestiu de maior gravidade, pois a alteração de parâmetros urbanísticos da lei de zoneamento chocava-se com diretrizes do plano diretor.

¹⁰²Essa a ementa do acórdão "Não se pode excluir a possibilidade de lei de iniciativa parlamentar ser eventualmente considerada constitucional, desde que não caracterize conteúdo típico de atividade administrativa e não requeira prévio estudo ou planejamento administrativo. No caso em análise, entretanto, houve interferência na gestão administrativa, em ofensa aos artigos 5º, caput, e 144, ambos da Constituição do Estado de São Paulo. Além disso, não houve prévio planejamento para a elaboração da lei, exigência que deflui do art. 180, I, da citada Constituição. Por fim, não se atendeu ao inciso II deste mesmo dispositivo, o qual requer a participação de entidades comunitárias no estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano". ADI nº 9032806-23.2009.8.26.0000, julgada em 25.08.2010.

¹⁰³ ADI nº 172.585-0/0-00, Relator Des. José Roberto Bedran, julgamento em 27.05.2009.

¹⁰⁴ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal de iniciativa do Legislativo que autoriza a construção de templos de qualquer natureza bem como edifícios de educação religiosa, visando atividades sócio-cultural e recreativa em bairro do Município de Ribeirão Preto. Preliminar de inadmissibilidade da ação por se tratar de lei de efeito concreto rejeitada. Matéria que versa sobre planejamento urbanístico. Acolhido o proclamado vício de iniciativa. Lei que altera o zoneamento urbano local, em desacordo com o Plano Diretor do Município e em afronta a Constituição Estadual. Argüida a usurpação de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo, ante a quebra de harmonia e independência entre os poderes. Inconstitucionalidade configurada. Ação procedente.” (ADI nº 9026424-24.2003.8.26.0000, Relator Des. Oliveira Ribeiro).

Há, entretanto, outro entendimento firmado no TJSP sobre esse tema. Segundo parte da jurisprudência do tribunal a iniciativa privativa do chefe do Executivo é de rigor somente quando o conteúdo da proposição tiver efeitos concretos, é o caso, por exemplo, de leis que tratam de parâmetros urbanísticos específicos (coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação, taxa de permeabilidade, quota habitacional, dentre outros). Caso o conteúdo da proposição tenha teor de generalidade e abstração a iniciativa da lei sobre o ordenamento do território passa a ser concorrente. Em outras palavras, admite-se, por exemplo, a iniciativa do parlamentar para instaurar o processo legislativo para definição dos princípios jurídicos da política urbana do Município (norma de caráter geral e abstrato), não sendo isso possível quando se tratar de definir coeficiente urbanístico estabelecido em conformidade com esses princípios¹⁰⁵. Essa posição jurisprudencial parte da distinção entre norma de efeito concreto e norma de efeito abstrato, e, ao nosso juízo, não se presta a fundamentar a questão da competência para instauração do processo legislativo. A questão da iniciativa do processo legislativo deve ser definida a partir da análise do modelo previsto na Constituição da República (art. 61, § 1º). O modelo federal de processo legislativo deve ser seguido obrigatoriamente por Estados e Municípios em decorrência do princípio da simetria. Ora, a Constituição não faz distinção entre norma de efeito concreto e norma de efeito genérico para conferir ao chefe do Executivo a iniciativa exclusiva do processo legislativo. Por essa razão entendemos inadequada a distinção proposta por parte da jurisprudência do TJSP.

Ademais, as normas sobre planejamento urbano que tem conteúdo geral e abstrato, v.g., as que estabelecem princípios e diretrizes da política urbana, são mais relevantes para o direito do que aquelas que estabelecem regras sobre coeficientes urbanísticos. Não se pode olvidar que os parâmetros urbanísticos (normas de efeito concreto) devem ser estabelecidos em conformidade e harmonia com as normas diretivas/principiológicas (normas de efeito genérico). Isso infirma o raciocínio desenvolvido por parte da jurisprudência do TJSP.

¹⁰⁵ “tratando-se de matéria concernente ao uso e ocupação do solo urbano, a iniciativa de norma que trás disposições 'gerais e abstratas' compete à Câmara Municipal, ao passo que sua regulamentação e 'aplicação ao caso concreto', ao Poder Executivo. Como se vê no caso em questão, ocorreu a invasão do Legislativo na órbita das atribuições do prefeito, e isto porque a norma ora impugnada, ao especificar medidas para o recuo obrigatório na via pública, nos lotes de esquina e no uso de abrigo para sol e chuva por bares e restaurantes, ultrapassou os limites da generalidade. Dai porque se verifica a violação ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, previsto na Constituição Paulista” (ADI nº 118.705-0/3, Relator Des. Sinésio de Souza, julgamento 05.10.2005).

5. Emendas ao projeto de lei do plano diretor

Processo e procedimento são realidades que não se confundem. A doutrina é pródiga na eleição de critérios distintivos desses domínios do direito. O processo geralmente é conceituado como instrumento por meio do qual o Estado exerce o poder que lhe foi conferido pela Constituição. Processo é instrumento do exercício de poder. Ele, o processo, tem por escopo disciplinar, democratizar e humanizar o exercício do poder. Lado outro, o procedimento é tido como sequência lógica e coordenada de atos tendentes a um resultado final adrede previsto em lei ou na própria Constituição. Adiante iremos voltar a esta distinção. Incumbe-nos o estudo do procedimento de elaboração da lei do plano diretor.

Assentou-se acima que a iniciativa para apresentação do projeto de lei do plano diretor ao Legislativo local é exclusiva do chefe do Executivo. Superada esta fase introdutória do procedimento, cumpre verificar se o regime jurídico do plano diretor admite a proposição de emendas parlamentares ao projeto de lei enviado pelo Executivo, ou se deve ser aprovado ou rejeitado em bloco.

A apresentação de emendas ao projeto de lei é prerrogativa do parlamentar, de modo que não pode o prefeito, após o envio do projeto de lei do plano para a Câmara Municipal apresentar novas emendas ao projeto originário. A prerrogativa de apresentação de emendas pelo parlamentar não é limitada por se tratar de projeto de lei de iniciativa privativa do prefeito. No entanto, as emendas apresentadas não podem gerar o aumento de despesas públicas.

Ocorre que no domínio do plano diretor outros requisitos se impõem à apresentação de emendas parlamentares.

O primeiro desses requisitos é a compatibilidade entre a emenda apresentada e as diretrizes, objetivos e princípios que informam o projeto de lei do plano. Já afirmamos que o plano diretor é composto de uma parte principiológica e outra em que se definem os parâmetros urbanísticos aplicáveis a cada propriedade urbana. É de rigor que as regras que definam parâmetros urbanísticos estejam em consonância com os princípios que norteiam o planejamento urbano. Nesse sentido, se o plano diretor tem

como princípio a proteção do patrimônio cultural para o deleite das futuras gerações, não pode definir para as áreas de interesse cultural coeficiente de aproveitamento alto. Nesses casos os parâmetros urbanísticos devem ser compatíveis com a diretriz de proteção estabelecida como princípio no plano diretor. Logo, qualquer emenda parlamentar que venha alterar coeficiente de aproveitamento em desacordo com a diretriz de proteção deve ser rejeitada. O fundamento para o afastamento desse tipo de emenda encontra-se no princípio do planejamento urbano. Como se sabe, esse princípio exige compatibilidade entre a parte genérica e a parte concreta do plano diretor.

Outra limitação ao direito de apresentação de emendas decorre diretamente do princípio da participação popular na elaboração do plano diretor. Ao se comentar a forma de incidência da participação popular na elaboração do plano diretor ressaltou-se a sua presença tanto no âmbito do Executivo (fase administrativa da elaboração do plano diretor) quando no âmbito do Legislativo (fase legislativa). Salientou-se, ainda, a vinculação da Administração Pública às deliberações tomadas no âmbito da participação popular, salvo quando as deliberações sejam inconstitucionais, violadoras de normas gerais editadas pela União ou urbanisticamente inviáveis. Diante disso, para que a vontade de um único vereador não subverta a ampla concertação já realizada entre a Administração Pública e a população, é imperioso que a proposta de emenda, além de ser aprovada no âmbito do parlamento, seja também aprovada no âmbito de instrumentos de participação popular. Assim, é imprescindível que, após a constatação da compatibilidade do conteúdo das emendas com os princípios que norteiam o plano e votação e aprovação das emendas no plenário da casa legislativa, seja convocada audiência pública para deliberar sobre as emendas. Somente assim se compatibiliza o direito do parlamentar em apresentar emendas ao projeto de lei e a soberania da vontade popular que orienta o planejamento urbano participativo.

Por essas razões divergimos de Victor Carvalho Pinto que rejeita a possibilidade de emenda parlamentar por se tratar o plano de uma peça técnica¹⁰⁶. De sorte que o

¹⁰⁶ “Embora a Constituição nada diga a respeito, a iniciativa do projeto de plano diretor pertence ao Executivo. Além de apresentar natureza técnica, a elaboração do plano pressupõe a existência de um conjunto de informações necessárias ao diagnóstico que só podem ser coletados pela prefeitura. *O projeto encaminhado pelo Executivo terá que ser aceito ou rejeitado e não pode ser alterado pelo Legislativo. Caso contrário, poderiam ser introduzidas emendas à revelia do processo de planejamento.* As eventuais negociações necessárias para sua aprovação, caso demandem alteração do projeto inicial, terão que ser formalizadas mediante sua retirada, com o encaminhamento de novo projeto pelo Executivo. O processo de aprovação do plano diretor mais se aproxima do relativo aos decretos legislativos, que se revestem do caráter de ratificação ou autorização de atos do Executivo (declaração de guerra, ratificação de tratados,

Legislativo ou aprova ou plano em bloco ou o rejeita. Para esse autor qualquer alteração deve ser efetuada pelo próprio Executivo.

José Afonso da Silva admite as emendas parlamentares, faz a mesma ressalva no que toca à necessidade de coerência da emenda, para que o planejamento não seja desvirtuado¹⁰⁷. No entanto, não conclui afirmando a inconstitucionalidade da emenda incompatível com as diretrizes do plano por ofensa ao princípio do planejamento urbano.

Não se pode afirmar que a parca jurisprudência dos tribunais brasileiros endosse as assertivas lançadas por nós sobre este tema. Nossa exegese, no entanto, se escora na necessidade de se compatibilizar três interesses de ordem constitucional, a saber, a participação popular na planificação urbanística no âmbito do Legislativo Municipal; a racionalidade interna (congruência) do planejamento urbano, e; a autonomia do parlamentar no exercício da representação popular no curso do processo legislativo.

A jurisprudência é parcimoniosa nesta matéria. Há, no entanto, um julgado do TJRS que sufraga, mesmo que indiretamente, nossa posição. Com efeito, o Município de São José do Norte/RS, no intuito de elaborar seu plano diretor de desenvolvimento urbano, elaborou estudos urbanísticos prévios acerca das características físicas e humanas de seu território. A partir desses estudos elaborou-se proposta de plano intensamente debatida com a população local. A participação popular envolveu a realização de 10 (dez) reuniões em Fórum de Desenvolvimento Sustentável, 15 (quinze) audiências públicas, e um congresso na cidade para debate das propostas. Na fase legislativa de elaboração do plano houve a realização de uma audiência pública. Na

autorização de endividamento pelo Senado etc.). A iniciativa desses atos é do Executivo e a aprovação definitiva, do Legislativo, não havendo necessidade de sanção ou veto. Embora parecendo que este processo leve a impasses, impedindo soluções de compromisso, ele na verdade exige que as negociações ocorram desde o início, evitando que as etapas de consulta à população sejam meramente formais. Além disso, exige que as decisões políticas ocorram sobre alternativas tecnicamente aceitáveis e assegura a coerência das políticas públicas. *A aprovação pela Câmara Municipal não descaracteriza a dimensão técnica do plano diretor. Se for necessária uma reformulação do projeto para que seja aprovado, esta terá que ser feita mediante a elaboração de um novo projeto, pelo mesmo autor do original ou por outro profissional habilitado.*” (grifos nossos) (PINTO:2005/262,263).

¹⁰⁷ “Não há proibição de emendas. Claro também que o projeto do plano diretor pode ser aprovado, com ou sem emendas, ou rejeitado. Não é, porém, de boa prática rejeitá-lo *in totum*, a não ser que os estudos técnicos revelem sua absoluta inaceitabilidade, sua inexequibilidade ou sua inviabilidade econômica, e não haja meio de aperfeiçoá-lo. Conforme já dissemos certa vez: ‘Se o plano deixar algo a desejar, importa aos Vereadores procurar seu aperfeiçoamento, antes que sacrificá-lo de vez. Aperfeiçoar os projetos é missão do legislador, mormente quando contém instrumento tão importante para o crescimento e desenvolvimento ordenado da comunidade. Rejeitá-los, pura e simplesmente, se é uma faculdade do Legislativo, nem sempre se revela uma medida satisfatória e conveniente’. Por outro lado, devem ser evitadas emendas que o desfigurem, lhe quebrem a coerência ou o tornem inexequível, ou de mera satisfação de interesse individual ou em detrimento do interesse público”. (SILVA: 2008/147).

audiência pública realizada no Legislativo não se levantou qualquer óbice técnico ou jurídico à proposta construída entre o Executivo Municipal e a população. Após todo o processo de concertação acima descrito, um parlamentar apresentou emenda que suprimia o mapa de zoneamento territorial previsto em um dos anexos do plano; extinguiu zonas de preservação e recuperação ambiental; aumentava a taxa de ocupação do solo; diminuía a taxa de permeabilidade do solo; dentre outras conseqüências. Segundo o TJRS a emenda padecia de dois vícios gravíssimos. Primeiro subvertia a vontade popular amiúde debatida no âmbito dos instrumentos de participação popular, tanto na fase administrativa quanto legislativa de elaboração do plano. Segundo desfigurava as bases do plano, é dizer, não guardava coerência com os princípios, objetivos e diretrizes do projeto de plano diretor. Por essa razão o tribunal declarou inconstitucional o art. 38, inciso VI e parágrafo único da Lei Municipal nº 456/2006 incluído a partir de emenda parlamentar. A inconstitucionalidade no caso é parcial. Afastada a parte da lei alterada pela emenda, restabelecem-se os princípios constitucionais violados¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Trechos da ADI nº 70022471999 do TJRS, julgada em 02.06.2008, relator Desembargador Osvaldo Stefanello, ilustram parte do nosso posicionamento: “O Dr. Procurador-Geral de Justiça tacha de inconstitucional a Lei nº 456/2006, que institui o Plano Diretor do Município de São José do Norte, ante o desrespeito, pelo Legislativo local, à norma que determina a participação da comunidade no planejamento urbano, na fase legislativa do processo de formação da lei.

Flagrante a inconstitucionalidade apontada, ainda que tal eiva não esteja a contaminar o diploma legislativo como um todo. Logo, procede, em parte, a ação.

Segundo se retida dos autos, o Prefeito Municipal de São José do Norte, em 29 de setembro de 2006, encaminhou à Câmara de Vereadores o Projeto de Lei nº 025/2006, que instituiu o Plano Diretor do Município (fls. 23-70), projeto que contou com ampla participação popular na sua elaboração.

A EMENDA LEGISLATIVA MODIFICATIVA Nº 005/2006, dirigida ao art. 38 do projeto original (que insere o inciso VI e parágrafo único ao art. 38), aprovada por maioria na Câmara Municipal (fl. 111), após veto do Prefeito, modifica a área de zoneamento (zona de preservação e recuperação ambiental), extinguindo o mapeamento do zoneamento urbano, bem como as demais regras de uso, aumentando a taxa de ocupação -TO (que passa para 80%) e diminuição da taxa de permeabilidade - TP (que fica em 10%).

O fim do zoneamento urbano, destaca o nobre Proponente na petição inicial, destrói todo o modelo viário e permite a ocupação, por loteamento, de zonas como a portuária e a industrial, que perdem o caráter de reserva e passam a ser livres para qualquer tipo de construção, além de fulminar a possibilidade de aplicação de vários instrumentos de política urbana, especialmente os de regularização fundiária, que estão baseados no zoneamento municipal, sobrevivendo, na prática, apenas as operações urbanas da Barra e Estreito de Bojuru. Além disso, referida emenda cria “Zona de Regularização Fundiária 5” sobre uma Duna e margens de rio, logo sobre APPs, que hoje não possui ocupação, favorecendo o avanço da cidade para áreas de risco e ecologicamente frágeis, comprometendo irremediavelmente ecossistemas frágeis em nome da especulação imobiliária e com total descaso aos danos ambientais decorrentes.

Todas essas alterações na política urbana municipal - *alterações significativas, aliás, por isso fiz questão de descrever algumas delas* - foram procedidas sem a necessária publicação à emenda legislativa, e muito menos oportunizada a participação dos diversos segmentos da sociedade, igualmente atingidos pelas

É importante destacar que em nenhum momento o acórdão afirma que o parlamentar não poderia apresentar qualquer tipo de emenda, ou que o regime constitucional do plano diretor vedaria a apresentação de emendas. Ao reverso, a emenda aprovada pelo parlamento local foi rechaçada pelo tribunal por violação aos princípios da participação popular e do planejamento urbano. Em sentido contrário, caso a emenda fosse debatida com a comunidade no âmbito do parlamento e estivesse em

modificações trazidas com a emenda legislativa, vulnerando, assim, o *princípio da democracia participativa*, previsto nos artigos 29, XII, da Constituição Federal e 177, § 5º, da Constituição Estadual (em simetria).

Então, resumindo, a situação nestes autos posta é a seguinte: enquanto o Plano Diretor (projeto original) foi elaborado e amplamente debatido na comunidade nortense, conforme verifico da prova reunida às fls. 238-324, a Emenda Modificativa, proposta e aprovada pelo Legislativo, sequer foi aberta ao debate popular, inexistindo prova no sentido de que tenha havido efetivamente qualquer audiência pública, em cuja pauta estaria centrada a questão das modificações pretendidas ao Plano Diretor, modificações expressivas, como já referi, porquanto alteram a estrutura e, sobretudo, o teor dos instrumentos de planejamento, urbanização e regularização fundiária concebidos pela mobilização conjunta daquela sociedade, especialmente introduzidas na linha das disposições previstas na Lei Federal nº 10.257/2001 - Estatuto da Cidade, que regulamentando os artigos 182 e 183 da Carta Federal, estabelece parâmetros e diretrizes da política urbana no Brasil.

Por relevante, transcrevo excerto das razões do veto aposto pelo Sr. Prefeito Municipal à referida Emenda:

De tal maneira, já tendo sido procedidas as escolhas da sociedade local sobre os instrumentos a que versam a dita Emenda, a alteração pretendida somente seria viável após nova submissão à participação popular, com a repetição das ocasiões democráticas até aqui ocorridas.

Certo que a representação parlamentar tem legítima atuação no processo legislativo. Contudo, no caso, o poder de emenda não pode deixar de caminhar dentro da forma indispensável para elaboração do Diploma Legal em trato, mormente quando pretende mexer nas pilastras a que foi concebida a escolha originária da sociedade, assegurada no âmbito constitucional pelos dispositivos indicados.

Na situação apresentada, frente a relevância da matéria proposta, sem adentrar na feição histórica local das edificações centrais, por inoportuno, calha exemplificar que o parlamentar, funcionando como mandatário, não pode se sobrepor ao mandante, que é o cidadão, este que em princípio já teria concebido os instrumentos pretendidos ao desenho de sua cidade. A alteração, em outro sentido, sem nova participação, acaba por implicar em vício de forma da Emenda apresentada.” (fls. 214-219).

Perfeita a colocação do Chefe do Executivo, transparecendo nítida a desobediência ao princípio constitucional da participação popular em todas as fases do processo de elaboração do Plano Diretor, incluindo possíveis “emendas” (cf. Lei nº 10.257/2001, art. 40, § 4º e 43, II¹⁰⁸), restando violados, por conseguinte, os artigos 29, XII, da Constituição Federal e 177, parágrafo 5º, da Constituição do Estado, o qual exige “a participação das entidades comunitárias, legalmente constituídas, na definição do plano diretor e das diretrizes gerais de ocupação do território, bem como na elaboração dos planos, programas e projetos que lhe sejam concernentes”.

Desta forma, identificado o desrespeito aos dispositivos constitucionais que determinam a participação efetiva da comunidade no planejamento urbano, é de ser reconhecida a inconstitucionalidade formal não da totalidade do ato normativo, mas tão-somente do artigo 38, inciso VI e parágrafo único, da Lei nº 456, de 13 de dezembro de 2006, do Município de São José do Norte, dispositivo alterado drasticamente pela Emenda 005/2006.” (Os destaques no texto são do relator do acórdão. Acessível em www.tjrs.jus.br).

conformidade com os princípios que nortearam o planejamento não se haveria falar em inconstitucionalidade.

Por essas razões, entende-se que as emendas parlamentares em processo de elaboração de plano diretor não são inconstitucionais, desde que passem pelo crivo de instrumentos de participação popular e guardem conformidade com as diretrizes do plano que se pretende emendar. Essa posição – repetimos – compatibiliza a incidência dos princípios constitucionais da participação popular no processo de planejamento, planejamento urbano racional produtor de cidades sustentáveis e autonomia e independência do parlamentar no exercício do mandato popular.

6. Alteração e revisão do plano diretor

O Estatuto da Cidade traz regras sobre a elaboração (art. 40, § 4º) e revisão (art. 40, § 3º) do plano diretor. A elaboração traduz a criação de um plano novo para ordenar todo o território do Município (art. 40, § 2º do EC), a revisão traduz a adequação do plano antigo às mudanças ocorridas no tecido urbano (alterações geográficas, sociais, culturais, econômicas etc.). A alteração também é forma de mutação do plano diretor antigo, distingue-se da revisão por ter caráter pontual. Assim, a revisão caracteriza-se como o processo amplo de mudança do antigo plano diretor, já a alteração refere-se a pequenas mudanças, por exemplo, alteração do zoneamento de um único bairro, uma única quadra ou uma única via.

Antes de mais, é preciso verificar se o ordenamento jurídico admite alterações pontuais no plano diretor, pois o Estatuto da Cidade trata apenas de sua elaboração e revisão. Já tivemos oportunidade de afirmar que o processo de planejamento urbanístico é contínuo, ele não se encerra com a elaboração ou revisão do plano diretor. Com efeito, todo plano deve prever instrumentos de acompanhamento e controle da execução do que foi planejado. Não é incomum que no curso do acompanhamento da execução do plano diretor se detecte algum erro no planejamento. Por essa razão o planejamento deve ser flexível. Deve permitir a correção de falhas detectadas no curso da execução do plano. Essa lógica do planejamento urbano nos induz a afirmar que a ausência do termo

alteração pontual no Estatuto da Cidade não impede esse tipo de mutação no plano diretor.

Não se desconhece que a maioria esmagadora das alterações pontuais propostas em planos diretores na experiência brasileira é casuística, buscando, tão somente, livrar determinados proprietários, quando não um único proprietário, dos rigores da conformação do direito de propriedade contido no plano. Essas verdadeiras aberrações não devem, no entanto, impedir que a planificação urbanística ganhe o dinamismo decorrente da inclusão de um sistema de alterações no planejamento urbanístico sempre que detectadas falhas ou omissões¹⁰⁹.

Não estamos a defender um sistema de alteração do zoneamento urbano pelo próprio Poder Executivo, ao modo do que ocorre no direito urbanístico americano com o instituto da *variance*. A *variance* é instituto que permite ao próprio Executivo local a mudança pontual do zoneamento em benefício do proprietário individual, a partir da constatação de eventual restrição desnecessária ao direito de propriedade. O sistema jurídico brasileiro não admite esse tipo de alteração no zoneamento urbano. A definição do zoneamento urbano é matéria de reserva de lei de plano diretor, não cabendo ao Executivo alterá-lo¹¹⁰.

Ao se analisar a prática urbanística brasileira, percebe-se claramente que as alterações pontuais propostas não são efetivadas em razão da ausência de conformidade entre a alteração proposta e as diretrizes (princípios) do plano diretor. Além do receio fundado da prática de alterações pontuais desarticularem a lógica racional do

¹⁰⁹ Embora sem fazer a distinção aqui efetuada entre ‘revisão’ e ‘alteração’ de planos diretores, entende Victor Carvalho Pinto que: “Um plano já em vigor pode ser alterado parcialmente, respeitado o mesmo processo de planejamento previsto para a elaboração do plano. A desvirtuação das normas de zoneamento, comum a praticamente todos os Municípios brasileiros, não decorre do caráter pontual das alterações, mas de sua completa falta de embasamento técnico. A mudança do plano diretor é uma decorrência normal do processo de planejamento, em que tem de haver uma retroalimentação permanente a partir da realidade da cidade, que é dinâmica, mas é preciso que as alterações pontuais respeitem a coerência global do plano.”. (PINTO: 2005/263).

¹¹⁰ Sobre o regime jurídico das *variances* no direito urbanístico norte-americano destacou Victor Carvalho Pinto: ‘Em geral, os governos locais dispõem de órgãos independentes (*Boards of Adjustment*) encarregados de julgar administrativamente petições contra o zoneamento, mediante solicitação dos proprietários. Se a petição for deferida, é concedida uma *variance*, desobrigando o proprietário de cumprir o zoneamento. *Variances* só podem ser concedidas quando se demonstra que o proprietário de um lote está sujeito a uma privação desnecessária. Os objetos mais comuns de *variances* são recuos, taxas de ocupação e mudanças de uso. A privação tem que ser individual. O regime de toda uma zona só pode ser mudado mediante uma alteração no zoneamento, o que depende de aprovação legislativa. De todo modo, a *variance* só pode ser aceita se não prejudicar os objetivos maiores do zoneamento em vigor. Trata-se de instituto bastante controverso, que tem sido acusado de permitir abusos e que não é aceito em muitos Estados.’. (PINTO: 2005/96).

planejamento, há o receio dessas alterações servirem de mote para inconfessáveis barganhas políticas locais¹¹¹.

Não obstante o óbice de ordem político-administrativa acima apontado, entendemos que as alterações pontuais no plano diretor são possíveis, desde que a proposta de alteração seja compatível com os princípios norteadores do plano diretor. Um exemplo clareará nosso posicionamento. Imagine uma dada região da cidade com parâmetros urbanísticos excessivamente restritivos em razão de sua classificação como zona de proteção cultural ou ambiental. Após petição fundamentada do proprietário ao órgão próprio da Administração Pública constata-se que a área, de fato, não possui qualquer dos atributos necessários à qualificação que lhe foi dada pelo plano. Em casos assim, é de rigor que o Executivo Municipal deflagre o processo de alteração do plano, enviando projeto de lei à Câmara Municipal propondo a alteração no zoneamento.

Assim, respeitada a conformidade entre a proposta de alteração pontual e as diretrizes do plano diretor, bem como observado o requisito de participação popular no processo de alteração, nada há que impeça a mudança. Obviamente, a vigilância dos órgãos de controle neste tipo de mutação do plano diretor (alteração pontual) deve ser redobrada.

¹¹¹ Em entrevista com servidores do Conselho de Política Urbana do Município de Belo Horizonte (COMPUR), realizada em janeiro de 2011, pudemos constatar que de cada 10 (dez) pedidos de alteração pontual no planejamento, 09 (nove) não tinham fundamento técnico, não raras vezes esses pedidos contavam com o apoio explícito ou implícito de membros do legislativo local. No âmbito do Município de Belo Horizonte esses pedidos são encaminhados ao Conselho de Política Urbana, que faz análise do mérito do pedido (verifica a viabilidade urbanística do pedido, é dizer, sua adequação com as diretrizes do planejamento urbano). Quando o pedido é aprovado o Conselho não promove a alteração no zoneamento, por ausência de competência constitucional. Ocorre que o Conselho também não dá seqüência administrativa à postulação do proprietário, o que demandaria consulta popular sobre a conveniência da alteração e remessa de projeto de lei para a Câmara Municipal. Fica, ao reverso, aguardando o momento da próxima revisão ampla do plano diretor para promoção da alteração. Ao nosso juízo, essa postura, mesmo que com suporte em legislação local, viola o princípio constitucional do planejamento urbano, o princípio jurídico da razoabilidade e o caráter dinâmico do planejamento urbano.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMENTO DE FORMAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES E PROCESSO ADMINISTRATIVO CAUTELAR

1. Contexto das revisões do plano diretor no Direito Urbanístico Brasileiro

Tratou-se no capítulo anterior do procedimento de elaboração, alteração e revisão dos planos diretores. Neste capítulo será destacado o íntimo liame existente entre o processo administrativo cautelar e o procedimento já estudado.

A elaboração, revisão e alteração do plano antigo partem do pressuposto lógico óbvio de que o planejamento antigo encontra-se superado. Já se disse alhures que o processo de planejamento é dinâmico e constante. Daí a necessidade de revisão, pelo menos decenal, do plano e de implantação de sistemas de acompanhamento e controle de sua execução.

Nesse sentido, detectado que o plano diretor não mais reflete as necessidades atuais do ordenamento do território, deve-se abrir processo de elaboração de novo plano ou de revisão do plano antigo. O que não se pode, definitivamente, é permitir o desenvolvimento dos núcleos urbanos com suporte em planejamento ultrapassado.

Essa realidade do planejamento impõe a colocação de problema jurídico dos mais complexos, que é o de determinar o momento jurídico em que o particular ainda poderá parcelar, edificar e utilizar o solo urbano com suporte nas normas jurídicas do plano diretor que se pretende revisar. Essa questão será abordada no próximo item deste capítulo. Entrementes, ela está intimamente ligada com a matéria tratada neste capítulo, que é a necessidade de paralisação de execução do plano que já se encontra em processo de mutação.

A praxe administrativa brasileira demonstra que, anunciado o processo de mudança do plano diretor, os agentes do mercado imobiliário partem, em disparada carreira, para os balcões dos órgãos da Administração urbanística na ânsia de protocolar pedidos de licença para construir, na clara tentativa de assegurar a aplicação do regime jurídico do plano atual, quase sempre mais permissivo.

Desse modo, os efeitos decorrentes da mudança do plano diretor somente passam a ser verificados muito tempo depois da edição do novo plano. Cruel observar que, não raras vezes, a própria legislação reconhece a ausência de efetividade imediata do novo plano. Exemplo disso é encontrado na legislação urbanística do Município de Belo Horizonte. Com efeito, o art. 111, II da Lei Municipal nº 7.166/96 (Lei de Uso e Ocupação do solo Urbano) determina que o zoneamento do Município pode ser revisto, por lei (o que se afigura óbvio), de 4 (quatro) em 4 (quatro) anos. Antes desse período fica vedada qualquer revisão. Alguém poderia alegar que o prazo de estabilidade da norma funcionaria como forma de concretização do princípio da segurança jurídica. O prazo, com efeito, não é de estabilidade da norma, mas sim o lapso temporal suficiente para que o novo plano comece a surtir seus efeitos. Isso se deve, em grande medida, em função dos inúmeros pedidos de licença que são efetuados quando do anúncio de revisão do plano antigo, processo que se agrava quando o novo plano reconhece direito à utilização de parâmetros urbanísticos da lei do plano revogada a partir do simples protocolo de um pedido de licença urbanística.

Não se pode imputar a esse cenário o caos urbano instalado atualmente nas cidades brasileiras. No entanto, a permanecer esse regime jurídico no direito urbanístico brasileiro não se poderá confiar ao planejamento urbano a função de racionalizar, minimamente, o uso do território urbano. Toda a racionalidade subjacente ao processo de planejamento é ruída quando se permite a execução do plano antigo por anos após a entrada em vigor do novo plano. Os instrumentos jurídicos para se por cobro a essa anomalia jurídica, ao nosso juízo, já se encontram no nosso ordenamento jurídico.

2. Medidas cautelares de plano no direito comparado

Primeiro é conveniente destacar como o direito comparado enfrenta a realidade aqui narrada.

O direito urbanístico português, por meio do Decreto-Lei nº 380, de 22 de setembro de 1999, regulamentou o Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão

Territorial (RJIGT). Os artigos 107¹¹² a 118 do Capítulo IV do RJIGT tratam de medidas cautelares que se prestam a tutelar a liberdade de planejamento urbano da Administração, em última instância, permitem a manutenção das circunstâncias fáticas sob as quais irão incidir o futuro plano urbanístico. Assim, as medidas cautelares têm por escopo a proteção do plano urbanístico que entrará em vigor.

As medidas cautelares do RJIGT português são subdivididas em ‘medidas preventivas’, ‘suspensão de concessão de licenças’, e ‘suspensão do próprio plano de ordenamento do território’. As medidas preventivas podem vedar ou limitar as seguintes operações urbanísticas: 1. Operações de loteamento e obras de urbanização; 2. Obras de construção civil, ampliação, alteração e reconstrução; 3. Trabalhos de remodelação de terrenos; 4. Obras de demolição de edificações existentes; 5. Destruição de cobertura vegetal, dentre outras. A enumeração legal é exemplificativa (art. 107, n° 4 do RJIGT) e informada pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Logo, a adoção destas medidas deve levar em razão de conta a lógica da adequação entre meio e fins, de modo que a medida preventiva adotada seja suficiente para alcançar a finalidade de proteção pretendida (adequação). Ademais, deve a medida ser necessária, no sentido de que deve ser indispensável para busca do resultado pretendido. Assim, caso haja medida menos gravosa ao patrimônio jurídico do cidadão, não se justifica a adoção da medida mais radical¹¹³.

A medida cautelar é o gênero, figurando como espécie as ‘medidas preventivas’ e a ‘suspensão da concessão de licenças’, além da ‘suspensão da aplicação do próprio plano que se pretende revisar’¹¹⁴.

¹¹² O art. 107, n° 1 do RJIGT é de seguinte redação: ‘Em área para a qual tenho sido decidida a elaboração, alteração ou revisão de um plano municipal de ordenamento do território, podem ser estabelecidas medidas preventivas destinadas a evitar a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes que possa limitar a liberdade de planeamento ou comprometer ou tornar mais onerosa a execução do plano.’. (SANTOS: 2007/620).

¹¹³ Nesse sentido a lição de Fernando Alves Correia: “O princípio da necessidade expressa a ideia de que as medidas preventivas devem ser adoptadas para a garantia do plano em vias de formação, de alteração, quer no seu conteúdo, quer, ainda, no seu período de duração, para “evitar a alteração das circunstâncias e das condições de facto existentes que possa limitar a liberdade de planeamento ou comprometer ou tornar mais onerosa a execução do plano. A importância do princípio da necessidade no âmbito das medidas preventivas dos planos é destacada no exórdio do Decreto-Lei n° 380/99, nos seguintes termos: “Na disciplina das medidas preventivas esclarece-se a necessidade de demonstração da verificação do princípio da necessidade no seu estabelecimento, determinado-se que o mesmo deve não apenas demonstrar a respectiva necessidade, mas também esclarecer as vantagens e os inconvenientes de ordem económica, técnica e social decorrentes da sua adopção.” (CORREIA: 2006/440).

¹¹⁴ A distinção entre estas figuras jurídicas foram destacadas por João Miranda ao tratar da dinâmica jurídica do planejamento territorial, alteração, revisão e suspensão de planos. “A suspensão da vigência das normas do plano deve ainda ser distinguida de duas figuras afins: a suspensão da concessão de

Ao reverso do que ocorre com as medidas preventivas, que sempre devem ser motivadas, a suspensão das licenças urbanísticas no direito português independem de previsão em ato administrativo, decorrendo diretamente da lei. Assim, iniciada a fase de discussão pública do processo de elaboração, revisão ou alteração do plano, fica automaticamente suspensa a concessão de licenças e autorizações urbanísticas¹¹⁵. O prazo de suspensão é de 150 dias. O ordenamento jurídico português deixa subentendido que o prazo para elaboração, revisão e alteração do plano é de 150 dias, pois a partir deste prazo cessa a suspensão da concessão de licença, restaurando-se a plena eficácia da execução do plano.

O direito urbanístico espanhol também adota a suspensão de planos e de concessão de licenças urbanísticas como forma de evitar alterações nas circunstâncias de fato que possam inviabilizar, ou tornar mais onerosa a execução do futuro plano urbanístico¹¹⁶. Também no direito espanhol a suspensão da concessão de licenças urbanísticas pode decorrer diretamente da lei. Não há discricionariedade administrativa nesses casos. A suspensão se torna facultativa para a Administração quando o novo plano se encontrar apenas em fase de estudos¹¹⁷. O período de suspensão da concessão

licenças ou autorizações para realização de operações urbanísticas: e a suspensão judicial do plano. Estas três figuras assemelham-se por terem toda natureza cautelar, mas podem apontar-se algumas diferenças entre elas. (...) Procurando agora avançar com algumas diferenças em concreto entre as figuras da suspensão da vigência dos planos e da suspensão da concessão de licenças, podemos apontar as seguintes: 1ª – A suspensão da vigência do plano pressupõe sempre um acto da Administração nesse sentido, ao passo que a suspensão da concessão de licenças motivada pelo início do período de discussão pública, no seio de elaboração e revisão de um plano, opera automaticamente. 2ª – A suspensão das licenças e autorizações urbanísticas, por motivo de revisão do plano, traduz-se, na prática, numa paralisação do processo de execução do plano que se encontra em vigor, ao passo que a suspensão do plano, se não for acompanhada de medidas preventivas, não inviabiliza a prática de atos de gestão urbanística.” (MIRANDA: 2002/233,236).

¹¹⁵ Este o teor do art. 117, n.º 1, do RJGT português: “Nas áreas a abranger por novas regras urbanísticas constantes de plano municipal ou especial de ordenamento do território ou sua revisão, os procedimentos de informação prévia, de licenciamento e de autorização ficam suspensos a partir da data fixada para o início do período de discussão pública e até à data da entrada em vigor daqueles instrumentos de planeamento.”. (SANTOS: 2007/622).

¹¹⁶ Nesse sentido o entendimento de Ricardo Estévez Goytre: “La finalidad de la suspensión del otorgamiento de licencias es evitar que su concesión se vean frustradas las finalidades a alcanzar con las nuevas determinaciones urbanísticas, cuya futura eficacia trata de salvaguardar la suspensión. Em otras palabras, y como dice La STS de 7 de diciembre de 1994, la finalidad de La suspensión es impedir que se consumen actos de edificación y uso del suelo que pugnen con las previsiones Del nuevo planeamiento. La STS de 10 de octubre de 1994, em relación con la suspensión del otorgamiento de licencias que sucede AL acuerdo de aprobación inicial de los Planes, dice que: “...es una medida cautelar tendente a impedir que mientras se procede a su tramitación se puedan conceder licencias para El aprovechamiento del suelo de acuerdo com la ordenación urbanística vigente em dicho momento, pero que puedan resultar absolutamente incompatibles com las previsiones da la futura ordenación.” (GOYTRE: 2010/221).

¹¹⁷ Conforme artigo 27 do texto refundido da Lei do Solo espanhola de 1976 ainda em vigor. No mesmo sentido a Sentença do Tribunal Supremo (STS) da Espanha de 03 de janeiro de 1985. (GOYTRE: 2010/222).

de licenças no direito espanhol suplanta o português, podendo chegar a 1 (um) ano, com possibilidade de prorrogação por igual período¹¹⁸.

Antonio Carceller Fernandez é crítico da medida de suspensão do próprio plano que se pretende revisar. Segundo o autor a eficácia decorrente desta medida pode se dar com a suspensão da concessão da licença, sem necessidade de suspensão do próprio plano¹¹⁹.

O direito urbanístico francês e o italiano aplicam outro tipo de medida cautelar de plano. Nesses países há a aplicação antecipada de normas do plano urbanístico que se encontra em estágio de revisão. Nesses casos há aplicação de norma jurídica que ainda não está em vigor. Esse instrumento foi duramente criticado pelo Conselho de Estado da França, pois muitas normas que eram aplicadas antecipadamente sequer vinham a figurar na configuração definitiva do plano urbanístico, o que levou à revogação do instrumento no direito urbanístico francês¹²⁰. No entanto, esse instrumento ainda é utilizado no direito urbanístico italiano.

¹¹⁸ Nesse sentido o entendimento de Tomáz-Ramón Fernández, salientando que no início da aplicação deste instrumento de cautela houve abusos por parte da Administração. De todo modo, a jurisprudência e a legislação avançaram, admitindo o período máximo de 02 anos para suspensão em qualquer de suas modalidades (facultativa ou obrigatória): “Cualesquiera que sean las combinaciones que puedan hacerse de ambos tipos de suspensión, ésta no se prolongue más de dos años, bien entendido que es cualquier caso la suspensión se extingue siempre con la aprobación definitiva Del planeamiento.” (FERNANDEZ: 2008/94).

¹¹⁹ “Ignoramos los motivos que han podido llevar a esta medida tan contraria a la necesaria seguridad jurídica. Suponemos, y esperamos, que la suspensión se llevará a cabo en contados casos, porque su finalidad (preparar la revisión del Plan) puede lograrse con la mera suspensión del otorgamiento de licencias y porque difícilmente se podrán dictar las Normas Subsidiarias en el plazo de seis meses.” (FERNANDEZ: 1992/282)

¹²⁰ Sobre a aplicação antecipada de normas do plano ainda em elaboração no direito francês destacou João Miranda: “No que tange à aplicação antecipada do Plano de Ocupação dos Solos em vias de revisão, as observações do Conselho de Estado forma ainda mais ferozes. Com efeito, este órgão conclui que muitas das disposições cuja aplicação foi antecipada não vieram a constar da versão definitiva do plano aprovada em sede de revisão, o que conduziu a um urbanismo derogatório. Para esta situação muito contribuí, como sugeriu o Conselho de Estado, que a utilização deste mecanismo se tivesse processado demasiado cedo, carecendo, por isso, de uma reflexão geral sobre o modelo de planeamento pelo qual se pretendia optar. (...) Uma das especificidades do Direito do Urbanismo francês era, como já vimos, a previsão no anterior artigo L 123-4 do Código do Urbanismo da possibilidade de aplicação antecipada das novas disposições do Plano de Ocupação dos Solos, ainda não aprovadas definitivamente. Este mecanismo sempre suscitou larga polémica, tendo-se verificado um constante ziguezaguear do legislador francês ao longo dos tempos, ora revogando-o, ora voltando a consagrá-lo. Assim, foi suprimido em 1983, reposto em 1986 e agora novamente revogado.” (MIRANDA: 2002/187). Sobre esse mesmo instituto no direito urbanístico italiano destacou o mesmo Jorge Miranda: “Uma nota para referir que, apesar de a Lei Urbanística ser omissa quanto à aplicação antecipada de disposições de um plano em vias de revisão, o Conselho de Estado já admitiu essa possibilidade, pelo menos uma vez, apoiando-se no disposto no art. 17 da Lei da Região do Piemonte n° 56/1977, de 5 de Dezembro.” (MIRANDA: 2002/206)

3. Fundamentos para a suspensão do licenciamento urbanístico no direito brasileiro

No direito urbanístico brasileiro os Municípios possuem competência constitucional privativa para promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle de operações urbanísticas (art. 30, VIII, da CR88). O Município, então, edita normas de caráter primário sobre direito urbanístico. O desenvolvimento desta competência constitucional levou alguns Municípios, nomeadamente as capitais dos Estados-Membros, a criar instrumentos jurídicos urbanísticos inovadores, é dizer, instrumentos não previstos em norma geral de direito urbanístico¹²¹.

A partir do desenvolvimento dessa competência de matiz constitucional, o Município de Belo Horizonte tentou incluir em seu Plano Diretor a medida cautelar denominada 'suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas' durante a tramitação da revisão de seu plano diretor. O plano diretor do Município de Belo Horizonte é de 1996 (Lei Municipal nº 7.166/96). Esse plano passou pela primeira revisão no ano de 2000 (Lei Municipal nº 8.137/2000). A segunda revisão do plano se deu em 2010 (Lei Municipal nº 9.599/2010). Com efeito, o projeto de lei da revisão de 2010 (projeto de lei nº 820/09) enviado à Câmara Municipal pelo Executivo, fez expressa previsão da medida cautelar de suspensão dos processos administrativos concessivos de licença urbanística. No entanto, o Executivo retirou o projeto do Legislativo, enviando posteriormente substitutivo que não fazia menção à medida cautelar. A experiência frustrada da capital mineira em instituir medida cautelar garantidora da eficácia do futuro plano diretor é reflexo do intenso conflito de interesses que se instala entre Poder Público Municipal e mercado imobiliário no curso do processo de elaboração ou revisão de planos diretores no Brasil. Ao nosso juízo, esse conflito tende a diminuir com eventual edição de norma geral de direito urbanístico que crie um quadro mais institucionalizado para o processo de elaboração, revisão e alteração de planos diretores municipais.

¹²¹ Esse é o caso, por exemplo, das concessões urbanísticas criadas pelo Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo. Esse instrumento jurídico urbanístico foi posteriormente incluído no Plano Diretor do Município de Belo Horizonte. No entanto, não há paralelo deste instrumento na legislação urbanística federal (norma geral).

Após traçar um breve panorama sobre as medidas cautelares de plano, é de rigor indagar acerca da plausibilidade jurídica da adoção de medidas cautelares no âmbito do processo de elaboração, revisão ou alteração do plano diretor no atual estágio do direito positivo brasileiro.

Neste trabalho já afirmamos que a elaboração do plano diretor se dá em duas fases distintas. A primeira fase se passa no âmbito do Poder Executivo e a segunda no âmbito do Poder Legislativo. A primeira fase desenvolve-se por meio de processo administrativo. Esse processo se encerra com a elaboração de projeto de lei do plano diretor, posteriormente remetido à Câmara Municipal. Logo, há que se verificar acerca da possibilidade da adoção de medidas cautelares inominadas no curso do processo administrativo que se encerra com a remessa do projeto de plano ao legislativo.

A teorização do processo cautelar se encontra em estágio avançado no âmbito dos processos civil e penal. A reforma do Código de Processo Civil de 1973 instituiu entre nós o processo cautelar ao lado dos habituais processos de conhecimento e de execução. O processo de conhecimento, como regra geral, tem por escopo a declaração do direito do jurisdicionado, aplicando-se as conseqüências daí decorrentes. Já o processo de execução tem por objeto a satisfação efetiva do direito do cidadão. Ocorre que entre a formulação da postulação em juízo, a declaração do direito e sua efetiva satisfação podem ocorrer alterações das circunstâncias fáticas subjacentes à demanda. Com efeito, o tempo do processo pode produzir efeitos nefastos nas relações jurídicas materiais. Há, então, necessidade de se proteger as circunstâncias fático-jurídicas envolvidas nos processos de conhecimento e execução, sob pena do provimento jurisdicional postulado pela parte restar de nenhuma utilidade. Assim, o processo cautelar se presta a tutelar a eficácia das decisões jurisdicionais. Não fosse assim, a relevante atividade jurisdicional do Estado, além de não possuir qualquer serventia para o cidadão, entraria em franco descrédito.

Por óbvio, não se pode confundir as medidas cautelares com o processo cautelar. O processo cautelar é o instrumento no qual são deferidas as medidas cautelares. As medidas cautelares são as providências jurisdicionais de tutela do bem jurídico envolvido no conflito. Mesmo porque, medidas cautelares podem ser proferidas no bojo dos processos de conhecimento e execução, e não apenas no curso de um processo cautelar. O Código de Processo Civil brasileiro traz inúmeros exemplos de medidas

cautelares, dentre elas o arresto, o seqüestro, a caução, a busca e apreensão, a produção antecipada de provas dentre tantos outros.

Na seara do processo civil, constado pelo juiz que o bem jurídico a ser tutelado na ação principal corre risco de perecimento, e que há plausibilidade no direito alegado pelo jurisdicionado, abre-se o caminho para o deferimento da medida cautelar.

O processo penal também se utiliza do instrumento das medidas cautelares para proteger a efetividade de eventual condenação criminal. As prisões preventivas são exemplos clássicos de medida cautelar no domínio do processo penal. Com efeito, se o réu dá sinais de que pretende se furtar ao cumprimento de eventual condenação criminal (por exemplo, ao postular a emissão de passaporte e adquirir passagem aérea para outro país) pode ter sua prisão preventiva decretada. Não se trata aqui de prisão em razão de condenação criminal, o acusado pode até ser absolvido na instância penal, mas de prisão que garantirá o cumprimento de eventual condenação criminal. Não se olvide que a medida cautelar, no âmbito criminal, cerceia direito individual da mais alta dignidade constitucional, o direito de liberdade.

Podemos então concluir que as medidas cautelares no âmbito de qualquer processo partem sempre da mesma premissa, qual seja, a necessidade de estabilização da situação fática atual, para a preservação dos efeitos jurídicos de uma decisão futura. Não há nada que vede a aplicação dessa lógica no domínio do processo administrativo.

O processo administrativo, tal como o processo judicial, é instrumento por meio do qual o Estado exerce seu poder. A distinção está no conteúdo e efeitos da decisão final proferida no processo administrativo. Neste processo se exerce a função administrativa¹²².

Ora, não raras vezes, no curso do processo administrativo, há necessidade de se preservar a situação fática sob a qual irá incidir o futuro provimento administrativo. Um exemplo irá ilustrar o que se afirma. Com efeito, o tombamento é um dos instrumentos de proteção e preservação dos bens imóveis de relevante interesse histórico, cultural e artístico do patrimônio brasileiro. Pelo tombamento o bem se torna imune a alterações

¹²² Para Celso Antônio Bandeira de Mello ‘função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.’ (MELLO, 2005/36).

que o descaracterizem, preservando-se o meio ambiente cultural tutelado pela Constituição.

Ocorre que o tombamento não se dá por meio de um ato administrativo isolado, ao reverso, sua constituição decorre do transcurso de longo processo administrativo. Antes mesmo da abertura do processo administrativo há necessidade de elaboração de estudos que indiquem a relevância histórico-cultural do bem que se pretende tomba. O estudo se põe como a fundamentação do ato administrativo que fechará o ciclo do processo administrativo. Após a realização do estudo o proprietário do imóvel é notificado para se manifestar sobre a intenção da Administração Pública. Caso não concorde com o tombamento poderá apresentar defesa administrativa. Abre-se então uma fase contraditória, que se encerra com a decisão administrativa que abordará os fundamentos apresentados pelo proprietário para se insurgir contra o tombamento. Dessa decisão cabe recurso administrativo. O tombamento considera-se definitivo com a inscrição do bem em um dos livros do tomo. O Decreto-Lei 25/1937, que regula o processo de tombamento no direito brasileiro, dispõe que a notificação do proprietário no processo administrativo tem o efeito de tornar o bem tombado provisoriamente. Assim, após a notificação não se pode alterar as características do bem até a decisão final no processo administrativo. Assim, o direito positivo confere efeitos cautelares à notificação do proprietário no curso do processo administrativo de tombamento¹²³. Daí já se depreende a presença de medidas cautelares no processo administrativo brasileiro.

No entanto, não é dessa medida de cunho cautelar que estamos a tratar. Com efeito, entre a elaboração do estudo que indique determinado bem como potencial candidato à preservação pela via do tombamento e a notificação do proprietário para apresentação de defesa no processo administrativo não há regra específica que impeça o proprietário de exercer o regular direito de construir sobre o imóvel. Nesses casos, ou a autoridade competente para a prática do ato administrativo de tombamento usa de seu poder geral de cautela, e suspende, temporariamente, o exercício do direito de construir

¹²³ Dispõe o art. 10 do Decreto-Lei 25/1937, recepcionado como lei ordinária pela Constituição de 1988: “Art. 10 – O tombamento dos bens, a que se refere no art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente livro do tomo. Parágrafo Único: Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipara ao definitivo.”. O caráter de medida cautelar da notificação é óbvio. Entre a notificação e a decisão final do processo administrativo o bem que se pretende proteger não pode ser mutilado, demolido, destruído, nem mesmo pintado, restaurado ou reparado sem autorização do órgão cultural. A intenção é de conferir eficácia à decisão futura, pois caso se pudesse alterar as características do bem no curso do processo, a decisão final restaria sem nenhuma utilidade.

do proprietário ou o bem perecerá, não fazendo sentido sequer em dar continuidade aos estudos que eventualmente apontem as características históricas e culturais do imóvel.

Essa mesma realidade se passa no âmbito do planejamento urbano. O processo de elaboração do plano diretor se protraí no tempo. Antes do início das discussões públicas o Poder Executivo municipal promove o inventário da situação urbanística da urbe. O trabalho de inventariança da cidade é feito por equipe multidisciplinar. Além de levantar a situação física do território, há que se avaliar suas características sociais, culturais, econômicas, demográficas, dentre outras. Após essa fase, os estudos são debatidos com a comunidade local por meio dos instrumentos jurídicos de participação popular previstos no Estatuto da Cidade. Após a discussão popular, o Executivo transforma os estudos em um projeto de lei (parte escrita do plano) e em mapas (geralmente anexos do plano). O projeto de lei tramita no Legislativo municipal de acordo com as normas sobre processo legislativo previstas na Lei Orgânica do Município. Todo esse procedimento demanda tempo. E o tempo aqui corre em desfavor do adequado ordenamento do território.

A praxe urbanística brasileira já demonstrou que durante esse período há uma escalada descomunal de pedidos de licença para construir. Não são raros os casos em que o requerente obtém a licença com a intenção de negociá-la no mercado privado. Esse procedimento corrói o sistema de planejamento urbano. Se a Administração decidiu efetuar a revisão do plano diretor é porque já concluiu que ele não reflete a realidade urbanística da cidade. É a partir dessa constatação que se faz eclodir o processo de revisão do plano. Ora, se o plano não espelha a realidade urbanística do Município, como admitir a emissão de licenças nele fundadas. Há aqui uma clara incompatibilidade entre a intenção dos particulares em preservar os parâmetros urbanísticos do plano diretor em processo de revisão e o direito da coletividade a um adequado ordenamento do território.

As medidas cautelares proferidas no curso do processo administrativo podem equacionar a situação conflituosa acima descrita.

O fundamento das medidas cautelares proferidas em sede de processo civil ou penal é a garantia da efetividade do futuro provimento jurisdicional. Como vimos, sem a decisão cautelar o direito será declarado, mas não será efetivado, não será um instrumento de concreção de justiça. O administrador público também tem compromisso com a efetividade das decisões proferidas no processo administrativo. A

necessidade de busca da efetividade máxima no processo administrativo decorre do princípio constitucional da eficiência (art. 37, caput, da CR88). Logo, não há necessidade de expressa previsão em lei de uma medida cautelar específica para que o administrador público possa, no curso do processo administrativo, tomar providências que tornem efetiva a decisão a ser proferida ao final do procedimento. O poder geral de cautela do administrador é parte integrante da eficiência que se espera da atividade administrativa.

O poder geral de cautela do administrador é subtraído diretamente da Constituição da República brasileira, que arrola entre os princípios norteadores da atividade da Administração Pública a eficiência. A eficiência administrativa determina que, detectada uma situação que possa tornar sem efeito a atividade desenvolvida pela Administração, deve (trata-se aqui de um poder-dever) o administrador praticar um ato administrativo que arrose o perigo. Se a Administração tem o poder-dever de praticar um ato no interesse da coletividade, deve também ser dotada de instrumentos que garantam a efetividade do interesse coletivo perseguido. Esse instrumento é a medida cautelar no âmbito do processo administrativo, fundada no poder geral de cautela do administrador, decorrente diretamente do princípio da eficiência previsto na Constituição.

Pois bem. Medida cautelar eficaz no âmbito do processo administrativo (fase administrativa de elaboração do plano) de elaboração ou revisão de plano diretor é a suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de uma licença urbanística.

Com efeito, encontra-se subjacente a todo processo de elaboração ou revisão de plano diretor um conflito entre dois valores garantidos constitucionalmente. De uma banda o direito dos proprietários urbanos em exercer o direito de construir nos limites previstos no ordenamento jurídico, de outra o direito de toda a coletividade à adequação das normas do plano à realidade urbanística (direito ao adequado ordenamento territorial). Esse choque de interesses deve ser composto pela Administração Pública por meio da ponderação destes valores constitucionais. A ponderação desses valores constitucionais fundamentais é feita a partir da utilização da técnica da

proporcionalidade. Os elementos da proporcionalidade são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito¹²⁴.

Há então que se perquirir, preliminarmente, se a suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas é medida que possibilita o congelamento temporário da realidade urbana sob a qual irá incidir as novas normas urbanísticas. Ora, com a suspensão dos processos administrativos novas licenças urbanísticas (licença para parcelamento do solo e para construir) deixam de ser emitidas. Isso impede a alteração das características urbanísticas da cidade até a entrada em vigor do novo plano. Logo, a medida passa pelo teste da adequação, pois se presta a fomentar o resultado pretendido.

Em um segundo momento é preciso averiguar se não há outra medida que cause menos gravame ao particular, e que produza os mesmos efeitos pretendidos. No direito comparado há casos de aplicação de um bloco de normas do futuro plano aos processos administrativos pendentes. Essa medida, em tese, causaria menos gravame ao particular do que a suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas. No entanto, esse tipo de medida padece de dois vícios insanáveis. O primeiro problema é a possibilidade de aplicação de normas que jamais entrarão em vigor (fato que desencadeou severas críticas a essa medida pela doutrina do direito urbanístico francês)¹²⁵, pois o parlamento pode não aprovar o projeto de plano enviado pelo Poder Executivo. O segundo problema é a concessão de licença com supedâneo em pseudo-normas, é dizer, com base em normas que ainda não foram incluídas no ordenamento jurídico, fato que potencialmente viola o princípio da legalidade.

¹²⁴ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito da planificação territorial pontificou Fernando Alves Correia: “O segundo princípio constitucional que contém um “limite interno” à discricionariedade de conteúdo dos planos é o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da “proibição do excesso” – princípio este expressamente contemplado no art. 266, n° 2, da Constituição e que constitui também uma inferência do princípio do Estado de direito democrático, condensado no art. 2° da Lei Fundamental, e que encontra igualmente afluência no artigo 9°, alínea b, da Constituição. Aquele princípio desdobra em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio geral da proporcionalidade em sentido amplo ou da “proibição do excesso” significa que as medidas do plano que estabelecem restrições ou que proíbem a realização de transformações urbanísticas nos imóveis dos particulares devem ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim público de ordenamento urbanístico do plano. As referidas medidas do plano não podem ser desadequadas, antes devem ser idôneas para a prossecução dos objetivos do plano. Em segundo lugar, aquelas disposições do plano devem ser necessárias ou indispensáveis, isto é, não devem ser estabelecidas quando o mesmo fim puder ser atingido com outros meios menos onerosos para o cidadão. Em terceiro lugar, as medidas citadas devem ser proporcionais, no sentido de que os custos ou inconvenientes que delas resultam não podem ser notoriamente excessivos em relação ao fim público por elas realizado.” (CORREIA, 2006/140).

¹²⁵ (MIRANDA, 2002)

Há, entretanto, que se fazer importante distinção no campo da sindicância da necessidade na adoção da medida cautelar de suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas. Com efeito, é preciso distinguir os casos em que o novo plano propõe alterações no regime jurídico urbanístico de uma dada região da cidade, daqueles em que o regime anterior é mantido no novo plano. Por óbvio que no segundo caso não se há falar em necessidade de adoção de qualquer medida cautelar de plano, pois não existe realidade urbanística a ser protegida.

Nesse sentido, o teste da necessidade passa necessariamente pela verificação da proposta de alteração do regime jurídico urbanístico apresentada pela Administração. Assim, caso os parâmetros urbanísticos atuais sejam mantidos na nova proposta de plano, ou caso as alterações propostas sejam insignificantes, não se encontrará presente o requisito da necessidade da medida.

Por fim, a decisão de suspensão dos processos administrativos deve passar pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui o administrador irá proceder à valoração dos interesses em conflito. Nessa fase há o sopesamento entre o grau de restrição ao interesse privado no exercício regular do direito de propriedade e o direito coletivo ao adequado ordenamento do território que se pretende preservar¹²⁶. O caso concreto irá indicar o interesse de maior relevo. Por óbvio que se a pretensão da Administração, por exemplo, é preservar a notável relevância histórico-cultural de determinada região, a partir da criação de uma zona especial de interesse cultural com parâmetros urbanísticos mais reduzidos, não pode admitir a emissão de licença para construir com suporte em plano diretor que contenha parâmetros urbanísticos permissivos para essa mesma região.

Em conclusão, constatadas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito é de rigor a adoção da medida de suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão das licenças urbanísticas como forma de proteção do direito coletivo ao adequado planejamento das cidades.

Questão de extrema relevância é o tempo de duração da suspensão do processo administrativo. Com efeito, não pode a Administração congelar por tempo indeterminado o exercício do direito de propriedade. O prazo de duração da suspensão é

¹²⁶ Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva o exame da proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido (no caso exame o direito de propriedade) e a importância do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva (no caso a efetividade do planejamento urbano das cidades)” (SILVA, 2002/40).

informado pelo princípio da razoabilidade. O ideal é que a Administração fixe cronograma para aprovação do novo plano, incluindo no programa os prazos já fixados na Lei Orgânica Municipal para tramitação legislativa do plano diretor, e institua a suspensão durante esse período. Não se pode admitir, a suspensão *sine die* dos processos administrativos, o que se mostraria conduta desarrazoada. Embora despidendo, é curial afirmar que tanto a adoção dessa medida, quanto a instituição de seu prazo de validade devem ser fundamentadas pela Administração.

CAPÍTULO V
REGIME JURÍDICO DO DIREITO ADQUIRIDO NO DOMÍNIO DO DIREITO
URBANÍSTICO

1.A questão do direito adquirido e o plano diretor

A Constituição da República no art. 5º, XXXVI, dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido. Assim, alçou o direito adquirido à condição de direito fundamental. No entanto, a Constituição não define o que se entende por direito adquirido. A vetusta lei de introdução ao código civil, hoje denominada lei de introdução às normas do direito brasileiro, estabelece em seu artigo 6º, § 2º que se considera adquirido “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.” A definição legal é lacônica, não solucionando os inúmeros conflitos decorrentes de sucessão de leis no tempo. A questão se agrava no âmbito do direito urbanístico, pois aqui a legislação acompanha a intensa dinamicidade dos problemas urbanos surgidos com o desmesurado crescimento das cidades. Ademais, o próprio Estatuto da Cidade determina que o plano diretor seja revisto, pelo menos, de 10 em 10 anos, o que confirma a instabilidade das normas do plano diretor. Em verdade, instáveis não são as normas do plano, mas sim a realidade urbanística regulada nos planos diretores. Não se pode também descurar da realidade do planejamento urbano. Todo planejamento é transitório. A efemeridade é uma nota peculiar do planejamento, de modo que executado o que se planejou, ou detectada a impossibilidade de sua execução, tornou-se inexorável a realização de novo planejamento. Essa realidade deve ser equacionada pelo direito.

O direito adquirido é tido por parte da doutrina como uma técnica utilizada pela Constituição para limitar a retroatividade das leis. Assegura-se, assim, que a lei nova não atinja os fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Esta é uma máxima decorrente do princípio da segurança jurídica. A lei vige para o futuro, somente

retroagindo ou tendo ultra-atividade quando expressamente assim o declare¹²⁷. A segurança jurídica garante estabilidade às relações sociais.

A questão central aqui é desvendar o momento a partir do qual o patrimônio jurídico do cidadão fica infenso às mudanças legislativas futuras. Grande parte da doutrina considera o direito como adquirido quando integrado ao patrimônio de uma dada pessoa, constituindo um bem próprio. Essa constatação não soluciona a questão do momento a partir do qual o direito se incorpora ao patrimônio jurídico da pessoa¹²⁸. Nos termos da lição do jurista italiano Gabba deve o hermeneuta identificar o fato, previsto em lei ao tempo de sua verificação, que é suficiente para integrar o direito ao patrimônio jurídico da pessoa.

Assim, embora a Constituição preserve o direito adquirido, o momento de sua constituição é definido a partir da análise da legislação ordinária. Há que se buscar nas normas do direito urbanístico infraconstitucional o fato que realizado, torna o patrimônio jurídico do particular infenso às alterações legislativas introduzidas pela edição de novo plano diretor.

No domínio do direito urbanístico é preciso distinguir o ‘direito adquirido’ da ‘expectativa do direito’. O parcelamento, a ocupação e o uso do solo urbano somente são admitidos após a concessão da licença respectiva pelo poder público municipal. A licença urbanística não é concedida por meio de ato administrativo isolado, mas sim no curso de um processo administrativo. Desse modo, para verificar se o cidadão tem direito adquirido ou mera expectativa de direito é preciso analisar o processo administrativo de licenciamento urbanístico. Segundo o constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho¹²⁹ a expectativa de direito se verifica quando o direito ainda está em formação, ou seja, quando iniciado o processo tendente à consolidação do direito ainda não tenha ocorrido o fato jurídico que o constitui. Kildare Gonçalves de Carvalho ainda cita entendimento idêntico de Limongi França para o qual ‘a diferença entre

¹²⁷ (BASTOS, 1994/43).

¹²⁸ Vicente Ráo na obra ‘O direito e a vida dos direitos’ traz entendimento do jurista italiano C. F. Gabba sobre o tema: “Adquirido é todo direito que *resultante de um fato capaz de produzi-lo* segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou; embora a ocasião de fazê-lo valer se não haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; direito este que, de conformidade com a lei sob a qual aquele fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer a patrimônio jurídico de quem o adquiriu.” (RÁO, 1999/370-371).

¹²⁹ “Direito adquirido não se confunde com expectativa de direito, que se verifica quando o direito ainda se acha em formação, e se constitui somente com o advento de seu último elemento. O que não pode ser atingido pela lei nova é o direito adquirido e não o direito em potência: não há falar em direito adquirido a adquirir direito. Enquanto o direito adquirido integra o patrimônio, a expectativa do direito depende de um acontecimento futuro para poder constituir um direito.” (CARVALHO, 2008/747)

expectativa de direito e direito adquirido está na existência, em relação a este, de fato aquisitivo específico já configurado por completo.¹³⁰ O que se pretende investigar aqui é o momento da ocorrência do fato aquisitivo específico, que segundo Limongi França tem o condão de transformar a expectativa do direito em direito adquirido.

Para se verificar o momento do processo administrativo de licenciamento urbanístico em que se tem por constituído o direito é preciso fazer breve distinção entre as três clássicas operações do direito urbanístico referidas no art. 30, VIII da CR88, a saber, o parcelamento, a ocupação e o uso do solo urbano. Nesta seara, há que primeiro distinguir a zona urbana da zona rural. Com efeito, quem define o perímetro urbano do Município é o poder público municipal. Nesta zona admite-se a utilização do solo para finalidades urbanísticas, já a zona rural é definida como área não urbanizável e a competência para gestão deste tipo de solo é da União Federal.

As áreas urbanizáveis do Município podem ser distinguidas em glebas e lotes. Gleba é área, geralmente extensa, que ainda não passou pelo processo de divisão. É, pois, a área indivisa. A gleba se transforma em lote ou lotes após o parcelamento do solo urbano. O lote é a unidade de território em que se admite a edificação. A primeira operação urbanística é caracterizada pela subdivisão do solo urbano de gleba em lotes. Essa operação se dá por meio dos instrumentos jurídicos do loteamento ou desmembramento, e é regulada pela Lei Federal de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79). Não se admite o parcelamento do solo antes da obtenção de prévia licença. Esta é obtida por meio de regular processo administrativo. O que nos interessa, nesta senda, é saber como se dá a sucessão de leis no tempo no domínio do parcelamento do solo urbano. Para tanto é importante definir que o parcelamento se dá mediante licença e não autorização. Com efeito, estando a gleba localizada dentro do perímetro urbano do Município, e não havendo nenhum obstáculo urbano-ambiental para o parcelamento do solo¹³¹, tem o proprietário do solo o direito público subjetivo à obtenção de licença para exploração da propriedade, dentro dos limites que conformam esse direito estabelecidos

¹³⁰ (CARVALHO, 2008/748)

¹³¹ Alguns limites ao parcelamento do solo urbano estão previstos na Lei Federal nº 6.766/79, art. 3º, parágrafo único: “Não será permitido o parcelamento do solo: I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas; II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; III – em terreno com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes; IV – Em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação; V – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.” Outros limites são encontrados em leis ambientais, como, por exemplo, no código florestal.

no plano diretor. Esse entendimento, ao nosso juízo, decorre diretamente da Constituição, que garante o direito de propriedade, atendida sua função social. Esta é basicamente¹³² atendida quando observadas as normas do plano diretor. Assim, atendidos os requisitos previstos em lei para parcelamento do solo, tem o particular o direito público subjetivo à obtenção da licença.

Após a divisão em lotes admite-se a ocupação da área por meio do exercício do direito de construir pelo proprietário do imóvel. Ocupação é sinônimo de edificação. Os parâmetros urbanísticos que conformam o direito de construir geralmente são encontrados nas leis de parcelamento, ocupação e uso do solo dos Municípios brasileiros. Nada impede, todavia, que esses parâmetros estejam contidos no próprio plano diretor, pois o plano além de conter as diretrizes para o planejamento urbano, deve definir concretamente o regime jurídico do direito de propriedade urbana, instituindo os índices urbanísticos que definem em concreto os limites do direito de construir. Isso porque a Constituição da República, além de definir o plano diretor como instrumento básico da política urbana, acrescentou que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências do plano diretor (art. 182, § 2º). Por essa razão, entendemos que a Constituição não mais admite a realização de planos diretores que contenham apenas diretrizes, é dizer, planos que não definam concretamente os parâmetros urbanísticos para o exercício do direito de construir.

De todo modo, a lei de parcelamento, ocupação e uso do solo, ou outra lei que venha definir parâmetros urbanísticos, tem a natureza jurídica de plano diretor. Logo, deve obediência ao mesmo regime jurídico estabelecido pelo direito positivo para elaboração, revisão ou alteração dos planos diretores.

Por fim, o ordenamento jurídico regula a forma de uso da propriedade. O uso refere-se à destinação que pode ser dada à edificação por seu proprietário. Geralmente é classificado em uso residencial, não-residencial e misto. Normalmente, as leis urbanísticas criam anexos em que se definem os tipos de atividades que podem ser exercidas na propriedade a partir da classificação da via para a qual está voltada a edificação. Assim, nas vias com maior infra-estrutura admite-se o exercício de atividades econômicas que atraiam maior número de pessoas. A classificação de usos que mais nos interessa para o estudo do direito adquirido no domínio do direito

¹³² Basicamente porque outras leis de natureza urbanística ou ambiental podem conformar o exercício do direito de propriedade urbana.

urbanístico é a que divide o uso em conforme e desconforme. Uso conforme é aquele que está em consonância com a lei vigente no momento de sua implantação. O uso conforme não oferece qualquer dificuldade no que toca à questão do direito adquirido, ou o particular instala as atividades previstas em lei como permitidas para a região, ou terá negada a licença para funcionamento. O princípio da legalidade é suficiente para definir eventuais divergências surgidas no campo do uso conforme. A questão reveste-se de maior dificuldade quando o uso que vinha sendo dado à propriedade sob o manto de uma lei, passa a não mais ser admitido a partir da entrada em vigor de novo diploma legal. Neste caso, o uso conforme se transforma em uso desconforme. A forma como o direito trata essa desconformidade gerada pela sucessão de leis no tempo é objeto do nosso estudo. Surge, então, a necessidade de saber se o proprietário tem direito adquirido a continuar no exercício da atividade na forma como preconizado pela lei anterior já revogada, em outras palavras, é preciso investigar se o uso que se dá à propriedade está infenso a mudanças legislativas, ou se a Administração pode exigir que a atividade seja exercida em outra região da cidade.

Algumas leis municipais criaram a figura jurídica da ‘tolerância de uso desconforme’ para permitir que o proprietário continue a exercer a atividade no local mesmo após a edição da nova lei¹³³. José Afonso da Silva afirma que a tolerância do uso desconforme em lei municipal é incompatível com o regime jurídico do direito adquirido. Segundo o professor da USP a tolerância do uso desconforme se dá de forma precária, de modo que a regra seria a impossibilidade de permanência do uso desconforme, admitindo com excepcionalidade a continuidade do uso quando expressamente admitido na lei nova. Ora, esse regime de precariedade é incompatível com o direito adquirido, pois este, quando incorporado ao patrimônio jurídico de seu titular, pode ser exercido sem necessidade de tolerância de terceiros. No entanto, resta saber se o regime do direito de propriedade previsto na Constituição é compatível com o direito de ‘tolerância de uso desconforme’ previsto no ordenamento jurídico. Com

¹³³ Veja o que dispõe a Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo do Município de Belo Horizonte sobre a tolerância de uso desconforme (Lei Municipal nº 7.166/96, revisada pela Lei Municipal nº 9.959/10): “Art. 72 - Poderá permanecer no local, independentemente de vedação estabelecida por legislação posterior à sua instalação, a atividade admitida nesse local por lei vigente à época de sua implantação e que atenda a uma das seguintes condições: I - possuir Alvará de Localização e Funcionamento emitido em data anterior à da publicação da lei que estabeleceu a vedação; II - ser desenvolvida por empresa regularmente constituída e comprovadamente instalada em data anterior à da publicação da lei que estabeleceu a vedação; III - estar instalada em edificação construída especificamente para uso admitido à época de sua instalação.”

efeito, se admitirmos que a manutenção do uso instalado sob a égide do regime anterior se encontra dentro do âmbito do direito adquirido do particular teremos que entender que o regime de tolerância do uso desconforme é incompatível com a Constituição.

Mais adiante iremos retornar ao tema da forma de incidência do direito adquirido, de forma apartada, em cada uma das etapas do processo de ocupação do solo urbano acima listadas. Antes disso, trataremos da forma como o direito adquirido vem sendo tratado na doutrina e jurisprudência brasileiras.

2. Direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A jurisprudência dominante no direito brasileiro, construída a partir do julgamento do RE - Recurso Extraordinário nº 85.002/SP, tem entendido que o direito adquirido à utilização dos parâmetros urbanísticos previstos na lei anterior se dá com o início da obra na forma do projeto aprovado pela Administração. O RE 85.002/SP foi julgado em 1976. Tratava-se de mandado de segurança impetrado contra ato que decretou o decaimento da licença para construir posto de serviço para automóveis em determinada via da cidade. A nova lei alterou o zoneamento da via em que o particular pretendia construir o estabelecimento empresarial, não mais permitindo a instalação de estabelecimentos empresariais naquela localidade. Decretou o decaimento da licença¹³⁴ com fundamento no novo ordenamento jurídico que não mais permitia aquele tipo de uso para o local. Segundo o Ministro Moreira Alves, relator do acórdão, o direito de construir é uma faculdade do direito de propriedade. Essa faculdade somente pode ser exercida após prévia manifestação do Poder Público competente. No entanto, após iniciada a construção, não se há mais falar em direito de construir, mas sim em direito de propriedade sobre o construído. Neste caso, o proprietário teria direito adquirido sobre o construído, não mais podendo ser atingido por legislação nova que venha regular o direito de construir de forma diversa. Ainda segundo o Ministro relator, quando iniciada a construção, não pode a Administração declarar o decaimento da licença e indenizar o particular posteriormente, ressalvando-se, apenas, o poder da

¹³⁴ Trata-se de decaimento e não de cassação como afirmado no acórdão.

Administração de desapropriar o proprietário, mediante pagamento de prévia indenização¹³⁵.

O Ministro Cordeiro Guerra acompanhou o voto do Ministro Moreira Alves. Entretanto, entendeu que o direito de construir, de acordo com os parâmetros urbanísticos da lei revogada, adquire-se com a concessão da licença, e não com o início da construção¹³⁶.

O STF enfrentou novamente a questão no RE nº 90.059-4/SP, sufragando, mais uma vez, a tese da constituição do direito de construir a partir do início da obra aprovada. Neste caso concreto o proprietário de imóvel na Avenida Paulista havia

¹³⁵ Excerto do voto do Ministro Moreira Alves no RE nº 85.002/SP: “Não sendo o direito de construir um direito subjetivo, mas simplesmente uma faculdade jurídica que integra, com muitas outras, o conteúdo do direito subjetivo de propriedade, poder-se-á discutir – as opiniões, a respeito, não são acordes – se, com a concessão da licença, se constituiria, em favor do titular dessa faculdade jurídica, algum direito que se pudesse considerar adquirido, para o efeito da aplicação do princípio consubstanciado na súmula 473: ‘A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.’. Iniciada, porém, que seja a obra autorizada, o problema muda de feição, porquanto, neste caso, há, inequivocamente, direito adquirido. Com efeito, tudo aquilo que acede ao solo passa, via de regra a ser objeto do direito de propriedade do proprietário deste. Há, pois, direito de propriedade sobre a construção, ainda que apenas iniciada. E esse direito não pode ser atingido por ato administrativo que, com base em legislação nova, vise a revogar a autorização em virtude do qual se praticaram os atos necessários a que ela surgisse. Essa revogação é obstada pelo direito adquirido (o direito de propriedade sobre a construção). No caso, não há mais uma simples faculdade jurídica que pode ser exercida porque o ato administrativo de autorização declarou a inexistência de qualquer restrição a esse exercício; existe, sim, um direito subjetivo – o direito de propriedade sobre o que já se construiu – integrado no patrimônio do seu titular. Por isso mesmo, não se pode admitir, sequer, que o Poder Público, nessa hipótese, tenha a possibilidade de revogar a autorização, indenizando, a posteriori, os danos decorrentes da demolição. E não se pode admitir isso, porque, assim, se estará violando o disposto no § 22 do artigo 153 da Constituição Federal que assegura o direito de propriedade, salvo os casos de desapropriação, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.”

¹³⁶ Voto do Ministro Cordeiro Guerra: “Considero que a Constituição assegura o direito de propriedade, de modo pleno, e o Código Civil assegura o direito de construir, de acordo com os regulamentos administrativos. Não há dúvida de que o Poder Público tem o poder de polícia, o poder de zoneamento, a mais ampla competência para dispor como os proprietários de certas zonas podem usar os seus terrenos, no que diz respeito às conveniências da coletividade. Agora, desde que se estabeleceu a norma jurídica para isso, considero que esta disciplina do licenciamento de obras – por envolver interesse de natureza vária e socialmente relevantes, não apenas para o indivíduo, porque envolve em investimento na utilização do solo, mas em benefício da coletividade – deve ser muito prudente. Quero dizer, desde que existe uma lei, esta lei deve ser observada e, uma vez concedida a licença, a concessão gera o direito, para o proprietário, de construir, de com conformidade com ela, porque, de outro lado, nas grandes cidades, se não se desse segurança ao licenciamento, aos alvarás de licença, não poderia haver a indústria da construção civil.” O fundamento do voto retrata o arraigado espírito civilista que dominava, à época, a interpretação jurisprudencial sobre os limites do direito de propriedade. Por óbvio que hoje não se pode afirmar que a Constituição assegura o direito de propriedade plena, e nem que o Código Civil assegura o direito de construir. O direito de edificar é regulado por normas de ordem pública editadas pelos Municípios brasileiros. Sendo também certo que a função social é própria ou peculiar do direito de propriedade, não se podendo afirmar que as limitações ao direito de construir decorrem apenas do poder de polícia da Administração Pública. No entanto, ficaram lançadas as bases de uma divergência, o direito adquirido a edificar de acordo com as normas anteriores ao novo ordenamento jurídico se constitui no momento da concessão da licença, ou no momento do início da obra.

doado parte de seu terreno para alargamento da avenida, e pretendia construir na área remanescente do lote com os parâmetros urbanísticos previstos em lei própria que lhe era benéfica.

Ocorre que antes da emissão da licença para construir a lei que admitia a construção tendo como condição a doação de parte do terreno para alargamento da via pública foi revogada. O STF decidiu que a doação efetuada não vinculava o legislador e o administrador, e que as novas normas relativas ao direito de construir são de ordem pública, tendo precedência em relação ao contrato de natureza jurídica privada firmado entre a Administração Pública e o particular. Aduziu, ainda, que as perdas e danos decorrentes da desconstituição da doação com encargo deveriam ser apuradas em ação indenizatória.

A par de todas essas considerações, o STF ainda afirmou que o pedido de licença para construir não havia ainda sido apreciado pela Administração, de modo que o mero protocolo do pedido administrativo não gera direito adquirido ao uso do regime jurídico urbanístico revogado. O RE nº 90.059-4/SP trouxe à baila um nefasto procedimento da legislação urbanística brasileira, que é considerar o protocolo do pedido de licença como momento constitutivo do direito adquirido.

No julgamento do RE nº 85.002/SP e do RE nº 90.059-4/SP o STF não levou em consideração o fato de a nova lei ter ressalvado expressamente a aplicação da lei em vigor no momento do protocolo do pedido de licença para construir. Ao que parecia, independentemente da regulamentação do direito intertemporal contida na nova lei, o direito adquirido somente se constituiria a partir do início da obra. Essa interpretação decorreria da visão do STF do direito de construir como faculdade jurídica exercitável a partir da emissão da licença, podendo esta ser retirada do mundo jurídico até o início efetivo da construção licenciada, fixando a partir desse momento a transformação da faculdade jurídica do direito de construir em direito de propriedade sobre o construído.

Ocorre que no RE nº 93.108/SP o STF entendeu que a Administração poderia retirar a licença já concedida quando não iniciada a obra com fundamento na entrada em vigor de novo regime jurídico urbanístico incompatível com a licença já concedida. No entanto, não poderia indeferir o pedido de licença com base neste mesmo entendimento.

O mesmo entendimento acolhido no RE nº 93.108/SP foi adotado no julgamento do RE nº 88.472-2/SP. Neste último caso, o proprietário havia protocolado pedido de expedição de licença para construir em outubro de 1972. O pleito administrativo foi

indeferido com fundamento na sua incompatibilidade com parâmetros urbanísticos contidos em lei nova (Lei Municipal 8.001/73). De se salientar que a lei nova ressaltava a aplicação do regime jurídico revogado para os pedidos protocolados antes de sua entrada em vigor. O STF acabou por entender que essa regra sobre direito intertemporal era constitucionalmente válida, decidindo a questão a partir do reconhecimento de direito adquirido à apreciação administrativa do pedido formulado de acordo com a legislação vigente no momento do protocolo do projeto.

Embora o STF tenha decidido pela inexistência de divergência entre o RE nº 85.002/SP e o RE 88.472-2/SP, a discrepância entre as teses vencedoras nos dois julgados mostrou-se notória. Em um decidiu-se que o direito de construir de acordo com os parâmetros urbanísticos previstos no regime jurídico anterior se constitui a partir do início da obra (RE nº 85.002/SP), em outro se assegurou esse mesmo direito a partir do protocolo do pedido de licença para construir, declarando-se a constitucionalidade de lei local que dispunha nesse sentido.

Os quatro recursos extraordinários aqui estudados são oriundos de mudança no ordenamento jurídico ocorrida no Município de São Paulo, de sorte que nos recursos em que imperou a tese da constituição do direito adquirido a partir do início da obra também existia norma que determinava a aplicação da lei em vigor no momento do protocolo do pedido de licença para construir. Ocorre que o STF entendeu que a licença não poderia ser indeferida ao fundamento da existência de nova lei incompatível com o pedido formulado, pois o interesse público na aplicação da lei antiga (lei existente no momento do protocolo do pedido de licença) já havia sido apreciado quando da edição da lei nova. Em suma, o STF passou a admitir a extinção da licença desde que não iniciada a obra, mesmo a lei nova assegurando direitos a partir do protocolo do pedido de licença, mas não admitia o indeferimento do pedido de licença já formulado com fundamento na existência de novo regime jurídico em vigor no momento da apreciação do pedido da licença¹³⁷.

¹³⁷ Confira trecho do voto do Ministro Moreira Alves no RE nº 93.108/SP, mesmo relator do RE nº 85.002/SP: “Entendeu o acórdão recorrido que, não tendo sido iniciada a obra, apesar de a licença ter sido concedida, está pode ser revogada por motivo de conveniência ditada pelo interesse público, uma vez que não há direito adquirido à autorização em que se consubstancia a licença de construção. E, com base nessa premissa – para a qual invoca o RE 85.002 de que fui relator -, argumenta, a fortiori, que, se o Estado pode revogar licença já concedida sem que a obra se haja iniciado, poderá também indeferir licença apenas requerida, com base em vedações estabelecidas por lei nova, que, no entanto, com relação aos requerimentos de licença já apresentados antes dela, determinou fosse aplicado o regime da lei anterior. A premissa de que partiu o acórdão é, a meu ver, correta (não há direito adquirido à licença, se a

A jurisprudência do STF foi se consolidando com suporte nos fundamentos lançados pelo Ministro Moreira Alves no RE nº 85.002/SP. Em 1985 o STF julga novo RE consolidando a tese de que o direito adquirido no domínio do direito de construir se constitui a partir do início da obra aprovada pelo Poder Público Municipal. Tratava-se do RE nº 105.634-7/PR, em que o proprietário possuía dois alvarás de construção já emitidos pela Administração local, entretanto, antes do início da obra, a área que receberia as edificações foi atingida por decreto estadual que a declarou de interesse turístico, determinando a proteção da paisagem local e vedando a construção dos edifícios licenciados pela municipalidade. O particular alegou direito adquirido constituído a partir da concessão da licença. O STF reafirmou a tese da constituição do direito adquirido a partir do início da obra.

No agravo de instrumento nº 121.798-7/RJ (relator Ministro Sydney Sanches) o STF, embora não citando explicitamente a jurisprudência consolidada no RE nº 85.002/SP, confirmou entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), que reconheceu a legalidade de ato administrativo que retirou licença anteriormente concedida, com fundamento na edição de lei posterior que classificou o lote do particular como área não edificável, vinculando-a à execução de projeto urbanístico especial. Neste caso, o proprietário havia obtido a unificação de dois lotes, depois obteve licença para construção de edifício de 15 (quinze) pavimentos. No entanto, antes de iniciar a obra, o legislativo editou a Lei Municipal nº 434/83, que em seu artigo 21 conferiu destinação pública ao imóvel, vinculando-o a projeto especial de urbanização. O STF, corroborando o entendimento do TJRJ, entendeu que a licença para construir confere ao particular mera faculdade de exercício do direito de construir, não se consubstanciando em direito adquirido à execução da obra como licenciada.

Após a promulgação da Constituição de 1988 a jurisprudência do STF continuou trilhando a mesma senda. O primeiro caso enfrentado pelo STF após a promulgação da

obra não foi iniciada), mas não no é a conclusão fundada, equivocadamente, no argumento a fortiori. (...) O argumento a fortiori utilizado pelo acórdão recorrido, com base nessa premissa, é, no entanto, inaplicável ao caso sob julgamento, por não ter sido levado em consideração um elemento que o afasta inexoravelmente. E esse elemento é a circunstância de que o interesse público invocado pela Administração para negar a concessão da licença já foi levado em conta pela nova lei municipal, que, não obstante, entendeu dever ele ser afastado no caso de pedidos feitos anteriormente a ela. Não pode, pois, a Administração Pública sobrepor o seu critério de avaliação desse mesmo interesse público ao adotado pela lei nova, para aplicá-la em desacordo, frontalmente, com o princípio excepcional nela firmado: o da aplicação da lei anterior em hipótese com a em causa. Admitir-se o contrário seria tornar sem efeito norma imperativa de lei, e, portanto, insusceptível de ser afastada pela Administração Pública, sujeita que é ao princípio da legalidade.”

CR88 foi o RE 188.226/RJ, relator Ministro Célio Borja. O caso referia-se a pedido de renovação de licença para construir um píer e um abrigo de barcos às margens da lagoa Araruama no Estado do Rio de Janeiro. Com efeito, após a concessão da licença para construir pelo Município, foi editada a lei municipal nº 480/82 que transformava a orla da lagoa em área de preservação permanente. Ocorre que neste caso não se declarou o decaimento da licença por interesse público superveniente. Ao reverso, entendeu o STF que tratava-se de caso de caducidade da licença para construir, pois quando o particular postulou administrativamente a renovação, a licença já estava com prazo de validade expirado.

Em outro acórdão oriundo do Município do Rio de Janeiro, julgado em 1992, o STF reiterou a tese da inexistência do direito adquirido a construir a partir da edição da licença. No Agravo regimental no agravo de instrumento nº 135.464/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, decidiu-se que o proprietário deveria adequar seu projeto de construção à nova lei urbanística que diminuía o gabarito (altura da edificação) das construções na região. O particular alegou que o processo falimentar pelo qual passou a empresa responsável pela edificação do empreendimento impediu a execução do projeto antes da entrada em vigor do novo ordenamento jurídico. O STF afastou a alegação de impedimento judicial de exercício do direito de construir em decorrência da existência do processo falimentar, fundamentou sua decisão na prevalência do interesse público, consubstanciado na existência de novas regras urbanísticas para a região, sobre o interesse do particular em construir com base em parâmetros urbanísticos já revogados. Afastou, assim, a tese do direito adquirido à execução do projeto aprovado a partir da concessão da licença para construir.

Dois outros julgados, ambos do ano de 1999, dão a perfeita noção do entendimento da jurisprudência do STF sobre o tema do direito adquirido no âmbito do direito urbanístico. No RE 178.836/SP, relator Ministro Carlos Veloso, o proprietário alegou que adquiriu imóvel com a intenção de construir edifício residencial. No entanto, após a aquisição, o Município de Ribeirão Preto/SP editou a lei municipal nº 5.685/90, transformando a área em que se localizava a propriedade em um ‘corredor comercial’. Logo, a lei municipal transformou o uso da região de misto em exclusivamente comercial. A licença para construir foi indeferida com base na incompatibilidade entre o pedido administrativo formulado e o uso previsto na legislação local. O proprietário aduziu que o memorial do loteamento da gleba previa que os lotes seriam de uso

exclusivamente residencial. O Ministro relator, não obstante de modo subliminar, entendeu que a convenção estabelecida quando do parcelamento do solo urbano não vinculava o legislador municipal. Logo, nada impedia a edição de lei nova que alterasse parâmetros urbanísticos previstos no memorial descritivo do loteamento constante dos processos administrativos de parcelamento do solo.

Certo é que o STF não decidiu acerca da validade de convenções urbanísticas particulares instituídas quando do parcelamento do solo em relação à lei nova. Limitou-se, apenas, a destacar que, quando da formulação do pedido administrativo de licença para construir, já havia sido editada nova lei urbanística que alterava o regime jurídico urbanístico da região em que se localizava a propriedade do recorrente. O caso então não era de conflito de leis no tempo, e sim uma mera questão de legalidade¹³⁸.

Por fim, o RE nº 212.780/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, refere-se ao íntimo liame existente entre o parcelamento e a ocupação do solo urbano para fins de construção. Neste caso o proprietário havia parcelado a gleba e inscrito no registro imobiliário os parâmetros urbanísticos relativos aos lotes originários do loteamento. Argumentou o particular a existência de direito adquirido à utilização dos parâmetros urbanísticos contidos no registro do imóvel, ressaltando que as obras de infra-estrutura urbana implantadas no local pelo empreendedor privado são proporcionais aos índices urbanísticos previstos no zoneamento urbano. O STF decidiu o caso com base no antigo *leading case* julgado em 1976 (RE 85.002/SP), segundo o qual a licença deferida implica mera faculdade jurídica de exercício do direito de construir, sendo o direito

¹³⁸ Não se pode deixar de destacar o teor do voto do Ministro Marco Aurélio. O Ministro conheceu do recurso e lhe deu provimento com fundamento na interpretação conjugada do direito de propriedade e do poder de planejamento do Estado previsto no art. 174 da CR88. Segundo o Ministro a atividade de planejamento econômico do Estado é determinante para o setor público e indicativa para o setor privado. Logo, concluiu o Ministro, que o planejamento urbano, era apenas indicativo para o setor privado. A prevalecer essa tese estará sacramentado o fim da regulação do parcelamento, ocupação e uso do território urbano no direito urbanístico brasileiro. É preciso reconhecer que a Constituição trata de diversas formas de planejamento. Assim, o planejamento econômico tem conteúdo normativo distinto do planejamento urbanístico. O planejamento urbanístico não é regulado pelo art. 174 da CR88, mas sim pelo art. 182 e seus parágrafos, que são normas específicas de direito urbanístico constitucional. O art. 182, § 1º, da CR88 estabelece que o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana e o § 2º deste mesmo artigo reza que a propriedade urbana cumpre sua função social quando observa as normas de ordenação previstas no plano diretor. Logo, o planejamento urbano não é indicativo para o setor privado, de modo que todas as normas que limitam o uso da propriedade (v.g., vedando a construção de unidades comerciais ou residenciais em determinadas zonas da cidade) não são meros acenos ao setor privado, mas sim normas de ordem pública, cogentes, que conformam o exercício do direito de propriedade urbana em prol do interesse coletivo residente no adequado ordenamento territorial das cidades. Neste sentido, o planejamento urbano é determinante para os particulares em razão das disposições do art. 182 e parágrafos da CR88, normas estas que em razão de sua especialidade afastam a aplicação do art. 174.

cristalizado no patrimônio jurídico do proprietário apenas a partir do início da obra. Como o particular havia parcelado o solo urbano, mas não havia, ainda, licenciado a construção de unidades habitacionais nos lotes e iniciado as obras eventualmente licenciadas não se haveria falar em direito adquirido.

A jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais caminhou, quase em uníssono, no mesmo sentido do *leading case* do STF (direito adquirido a construir de acordo com os parâmetros urbanísticos da lei revogada a partir do início da execução do projeto aprovado, ficando a cargo do Poder Executivo local definir o que se entende por início de obra - RE 85.002/SP). Alguns julgados isolados decidiram que a constituição do direito se opera a partir da concessão da licença e outros se limitam a referendar o disposto nas legislações municipais sobre o tema, não adentrando na constitucionalidade da opção realizada pelo legislador local.

Mais adiante iremos confrontar a posição da jurisprudência do STF com o entendimento defendido neste trabalho.

3. Posição da legislação urbanística municipal sobre o tema

Viu-se acima que no STF ficou sedimentada a tese da constituição do direito adquirido no domínio do direito urbanístico após o início da obra. A partir desse momento, admite-se que o particular conclua a construção já iniciada de acordo com parâmetros urbanísticos da lei anterior já revogada. Não há, neste caso, possibilidade de retirada da licença urbanística. Há necessidade de se indagar se as legislações urbanísticas dos maiores Municípios brasileiros acompanharam a linha jurisprudencial ditada pelo STF, ou se, ao reverso, escolheu outro momento procedimental para constituição do direito.

Neste ponto, curioso notar que a legislação urbanística das principais capitais brasileiras não adota a posição sedimentada na jurisprudência do STF. As leis municipais são mais permissivas que a posição sufragada na Corte Constitucional.

O plano diretor do Município de Belo Horizonte passou por ampla revisão em 2010. Com efeito, nas disposições transitórias da lei municipal 9.959/2010 ficou assentado que o protocolo de ‘licenciamento de projeto’ em qualquer órgão municipal

licenciador conferiria ao proprietário direito de edificar com base nos parâmetros urbanísticos da lei revogada¹³⁹.

O termo protocolo de projeto descrito no texto legal significa a apresentação de requerimento à Administração Pública tendente à obtenção da licença urbanística. Esse requerimento está para o processo administrativo assim como a petição inicial está para o processo civil. Neste momento ainda não há processo administrativo regularmente instaurado.

No Município de São Paulo o legislador local também optou pela data do requerimento da licença como marco para caracterização do direito ao uso dos parâmetros urbanísticos revogados. A lei de São Paulo goza ainda de uma peculiaridade. Ela admite que o requerente da licença opte pelo regime jurídico que achar mais conveniente. A matéria é regulada no Município de São Paulo pela Lei Municipal nº 13.885/2004, que estabelece normas complementares ao plano diretor estratégico do Município, dispondo sobre a disciplina do parcelamento, ocupação e uso do solo urbano¹⁴⁰. O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, aprovado pela Lei Municipal nº 13.430/2002, já adotava o mesmo espírito da Lei Municipal nº 13.885/2004 que tratou do parcelamento, ocupação e uso do solo urbano. Com efeito, o plano diretor estratégico também assegura direitos à utilização de parâmetros urbanísticos constantes da lei revogada a partir do protocolo de projeto¹⁴¹.

O mesmo se repete no Município de Curitiba/PR. A lei municipal nº 9.800/2000, que disciplina o parcelamento, ocupação e uso do solo na capital paranaense resguarda em seu art. 49, II, o direito ao uso dos parâmetros urbanísticos da lei revogada a partir do requerimento administrativo formulado ao órgão competente para concessão da licença urbanística¹⁴².

¹³⁹ Art. 2º, caput, das disposições transitórias da Lei Municipal nº 9.959/2010: “Os licenciamentos de projeto protocolados em órgãos municipais licenciadores até a data de entrada em vigor desta Lei submetem-se aos parâmetros urbanísticos previstos na legislação vigente até então.”

¹⁴⁰ Art. 242, caput, das disposições transitórias da Lei Municipal nº 13.885/2004: “No caso de expedientes administrativos ainda sem despacho decisório em última instância, protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta lei, os interessados poderão optar pela aplicação da legislação vigente à data do seu protocolamento.”

¹⁴¹ Art. 303, caput e parágrafo único, da Lei Municipal nº 13.430/2002, que aprovou o plano diretor estratégico do Município de São Paulo: “Os projetos regularmente protocolizados anteriormente à data de publicação desta lei serão analisados de acordo com a legislação vigente à época do seu protocolo. Parágrafo Único - Os projetos de que trata este artigo poderão, a pedido do interessado, ser examinados conforme as disposições desta lei.”

¹⁴² Art. 49, caput e incisos, da Lei Municipal nº 9800/2000: “Os parâmetros de uso e ocupação do solo da legislação anterior, terão 01 (um) ano de prazo de validade, contados a partir da data de vigência desta lei,

O Município de Porto Alegre/RS também adota o mesmo critério das capitais já analisadas acima. Assegura o direito ao uso de parâmetros urbanísticos da lei revogada a partir da data do requerimento administrativo da licença para construir¹⁴³.

O Município do Rio de Janeiro recentemente editou novo plano diretor para regulação do desenvolvimento da cidade (Lei Complementar nº 111/2011). O título relativo às disposições transitórias foi omissivo em relação ao momento de constituição do direito adquirido ao uso dos parâmetros urbanísticos previstos no regime jurídico revogado. O plano diretor da cidade do Rio de Janeiro deverá ser complementado, no prazo de 02 anos (art. 327 da Lei Complementar nº 111/2011), com a edição de leis que tratem do parcelamento, ocupação e uso do solo urbano. A antiga Lei Complementar 16/1992, que tratava da forma de realização da política urbana da capital fluminense e instituiu o plano diretor decenal, também foi omissiva quanto à regulação do direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico. Certo é, no entanto, que a lei nº 1.574/67¹⁴⁴, que estabelecia normas para o desenvolvimento urbano e regional do antigo Estado da Guanabara, tinha dispositivo que assegurava o direito à utilização de parâmetros urbanísticos da lei revogada a partir da formação de expedientes administrativos. A lei não se referia ao termo ‘protocolo de pedido de licença’, muito usual nas legislações atuais, mas como se referia aos alvarás de licença concedidos em parágrafo subsequente, deixava subtendido que os expedientes administrativos eram aqueles formados antes da expedição da licença. O decreto ‘E’, 3.800/1970, que regulamentava a lei nº 1.574/67 e revogava o vetusto decreto nº 6000/1937, aquela época ainda em vigor, tratou da questão da mesma forma, é dizer, assegurando o uso de parâmetros urbanísticos anteriores a partir da ‘formação de expedientes

renovável uma única vez por igual período, para: I - Os projetos já licenciados; II - Os Projetos em tramitação, protocolados nos órgãos competentes anteriormente à data de vigência desta lei.”

¹⁴³ Art.159, caput, da Lei Complementar Municipal nº 434/1999 que institui o plano diretor de desenvolvimento urbano ambiental do Município de Porto Alegre: “Salvo disposição em contrário, serão examinados, de acordo com a legislação vigente à época de sua protocolização, os processos administrativos de projeto de edificação e licenciamento de construção, respeitando o prazo para o início das obras, bem como o projeto de parcelamento do solo e das suas edificações aprovadas com base no art. 158, desde que observem o prazo de validade do Estudo de Viabilidade Urbanística ou do Projeto Urbanístico.”

¹⁴⁴ Art. 59, da lei nº 1.574/67 do antigo Estado da Guanabara: “Esta lei entrará em vigor cento e oitenta dias após sua publicação, simultaneamente com os atos normativos complementares. § 1.º Os expedientes administrativos formados até a data do início da vigência desta lei serão decididos de acordo com a legislação anterior, desde que não sejam arquivados ou caiam em perempção. 2.º Os alvarás de licença de obras não iniciadas não poderão ser prorrogados ou revalidados sem obedecer às disposições desta lei.”

administrativos'. A situação do Município de Rio de Janeiro é peculiar, há que se aguardar a edição da nova lei complementar que irá desenvolver as normas contidas no plano diretor da cidade do Rio de Janeiro, para verificar se se adotará a mesma postura da antiga lei do Estado da Guanabara (garantidora do uso de parâmetros urbanísticos antigos antes da concessão da licença urbanística) ou se permanecerá omissa em relação à definição do momento de constituição do direito adquirido.

O Município de Florianópolis trata a questão de forma um pouco mais próxima da jurisprudência do STF. Com efeito, dispõe a Lei Complementar nº 01/1997 que as licenças expedidas e os processos administrativos tendentes à concessão da licença urbanística perderão sua validade se a obra não for iniciada no prazo de 180 dias, contados a partir de sua entrada em vigor. A lei de Florianópolis não assegura a constituição de direitos a partir do início efetivo da obra. Ao contrário, admite que sejam concedidas licenças com fundamento no regime jurídico já revogado. No entanto, condiciona a validade da licença concedida ao início da obra no prazo que menciona, além de conceituar o que se entende por início de obra tanto no âmbito do parcelamento do solo, quanto no âmbito de sua ocupação¹⁴⁵. Esse regime jurídico, embora mais severo que os acima expostos, ainda discrepa da jurisprudência consolidada do STF.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Art. 230 e parágrafos da lei complementar nº 01/1997: “Os projetos licenciados e em tramitação sob o regime da legislação anterior perderão a sua validade se não forem iniciadas as obras até 180 (cento e oitenta) dias após a entrada em vigor desta Lei. § 1º - Considera-se obra iniciada aquela cujas fundações estejam concluídas até o nível da viga de baldrame. § 2º - O início da construção para o efeito da validade dos projetos de conjunto de edificações num mesmo terreno, será considerado separadamente para cada edificação. § 3º - Nos parcelamentos do solo considerar-se-á a obra iniciada quando estiverem concluídas a terraplanagem básica das vias e a drenagem pluvial.”

¹⁴⁶ Traça-se, aqui, um apanhado da situação em diversas capitais brasileiras: **Município de Vitória/ES** - Lei nº 6705/2006, art. 303 – “Os processos administrativos de aprovação de projetos de arquitetura protocolados, na Prefeitura Municipal, antes da vigência desta Lei serão analisados de acordo com o regime urbanístico vigente na data do protocolo e terão um prazo de 6 (seis) meses para requerer o Alvará de Execução, a contar da data de aprovação do projeto, sob pena de caducidade, vedada a revalidação do Alvará de Aprovação do Projeto.” **Município de Goiânia/GO** - Lei Complementar nº 171/2007, Art. 209 – “Os projetos regularmente protocolados anteriormente à data da vigência desta Lei, serão avaliados de acordo com a legislação vigente à época do seu protocolo.” O plano diretor do Município de **Campo Grande/MS**, aprovado pela Lei Complementar nº 94/2006 é omissa em relação à regulamentação do momento de aquisição de direitos ao uso do regime jurídico revogado. No entanto, a lei de uso e ocupação do solo do Município, aprovada pela Lei complementar nº 74/2005, em seu art. 77, ressalva o direito adquirido a partir do protocolo do pedido de licença: “Os projetos regularmente protocolados anteriormente à data da vigência desta Lei, serão avaliados de acordo com a legislação vigente à época do seu protocolo.” A Lei Complementar nº 150/2007, que aprova o plano diretor do Município de **Cuiabá/MT** também é omissa em relação à regulação do direito adquirido. A Lei Complementar nº 44/97, que trata da ocupação e uso do solo neste mesmo Município também é omissa sobre o tema. No **Município de Salvador/BA** a Lei Municipal nº 7400/2008, em seu art. 337 dispôs: “Os expedientes administrativos protocolados anteriormente à data de entrada em vigor desta Lei, referentes a solicitações de alvarás de construção para empreendimentos e licenciamento de atividades, assim como os de

Mais adiante demonstraremos que as legislações municipais violam o princípio constitucional do planejamento urbano.

4. Posição doutrinária sobre o tema

Já tendo perpassado pela posição da jurisprudência do STF e da legislação urbanística, é momento de tratar da posição da doutrina sobre o tema em estudo.

Márcia Walquiria Batista dos Santos, em tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada Licença Urbanística, defendeu o caráter vinculado e declaratório da licença. Desse modo, cumpridos os requisitos contidos em lei para obtenção da licença, deve a Administração Pública expedi-la. No que toca ao momento de aquisição do direito, a autora filia-se à posição do STF, entendendo, então, que pode ser decretado o decaimento da licença até o momento do início da obra¹⁴⁷.

solicitação de utilização do instrumento da Transferência do Direito de Construir, serão analisados segundo as leis vigentes à época do seu protocolamento.” Assim, aderiu ao paradigma do protocolo. O plano diretor do **Município de Aracaju/SE** também admitiu a aprovação de projetos com base na lei revogada, conforme Lei Complementar nº 42/2000, art. 264 – “Os projetos para licenciamento apresentados até 180 (cento e oitenta) dias, após a data da publicação desta lei, serão analisados de acordo com a legislação anterior, exceto quanto ao uso e ocupação do solo, conforme tabelas dos Anexos III e IV, e, quanto à outorga onerosa, desde que respeitado o potencial construtivo da zona onde se localizar.”. O **Município de Maceió/AL**, por meio da Lei Municipal nº 5486/2005, estabeleceu em suas disposições transitórias: “Art. 202. Fica, pelo período de um ano, assegurada a validade das licenças e dos demais atos praticados antes da vigência desta Lei, de acordo com a legislação aplicável à época.”. Uma leitura perfunctória do dispositivo legal pode levar o intérprete a entender que o direito adquirido se constitui a partir da concessão da licença. No entanto, a lei também se refere a ‘demais atos praticados antes da vigência desta lei’, o que, em tese, permite que se reconheça a validade de atos praticados antes da concessão da licença urbanística. O recente plano diretor do **Município de Recife/PE**, aprovado pela Lei Municipal nº 17.511/2008, também assegura direitos urbanísticos ao proprietário a partir da formulação do pedido de licença: “Art. 226 Os requerimentos referentes aos pedidos de Aprovação de Projeto, Legalização, Alterações durante a obra, Licença de Construção, Habite-se, Aceite-se, ou outros processos interligados, serão analisados segundo as leis vigentes à época do protocolamento do projeto inicial ou reforma que os motivaram.” O plano diretor do **Município de João Pessoa/PE**, aprovado pela Lei Complementar nº 03/1992, nada dispõe acerca de direito intertemporal em suas disposições transitórias. Por fim, o plano diretor do **Município de Natal/RN**, aprovado pela Lei Complementar nº 82/2007, também não tratou da questão do direito adquirido em suas disposições transitórias.

¹⁴⁷ Essa a posição de Márcia Walquiria Batista dos Santos: “Assim, para nós, é possível falar em revogação da licença até o momento do início das obras, exatamente como até então tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal. Com o início das obras, considera-se adquirido o direito do titular da licença, cabendo apenas a invalidação da licença por vício de ilegalidade, o que, obviamente, não é a mesma coisa que revogação (por motivo de conveniência e oportunidade). De qualquer forma, mesmo que não possa

A autora afirma que há sérias divergências em relação à possibilidade de decaimento da licença e do momento em que esse decaimento pode ocorrer. Aduz que uma corrente entende que a expedição da licença produz direito adquirido, não podendo ser retirada do mundo jurídico. Outra corrente defende que a licença pode ser retirada até o início das obras. E, por fim, uma última corrente entende que a licença pode ser extinta a qualquer momento, mesmo após o início das obras.

Essa mesma autora ainda cita as posições de José Afonso da Silva e Hely Lopes Meirelles, segundo a qual a licença poderia ser retirada a qualquer momento. Em sentido contrário, a posição de Caio Tácito, que entende ser a licença geradora de direitos subjetivos, não podendo ser retirada pela Administração.

A autora consigna expressamente que as licenças podem ser ‘revogadas’ pela Administração, quando sobrevier mudança no ordenamento jurídico. Caminhamos em senda oposta, pois entendemos que ao conceituar a licença urbanística como ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada, resta impossibilitada sua ‘revogação’. Ora, os atos administrativos revogados por motivo de conveniência e oportunidade são apenas os expedidos no exercício de competência discricionária. Sendo a competência vinculada, não se pode falar em revogação¹⁴⁸.

José Afonso da Silva, no seu Direito Urbanístico Brasileiro, distingue a edificação licenciada, mas não iniciada; a edificação licenciada já iniciada; a edificação concluída, sem ‘habite-se’; e a edificação concluída, com ‘habite-se’, para concluir que o direito subjetivo público se transforma em direito adquirido, quando a edificação

revogar a licença, a Administração conta com a desapropriação, devendo, neste caso, pagar justa e prévia indenização ao proprietário do imóvel” (SANTOS 2001/131). O que autora denomina revogação é denominado neste trabalho de decaimento.

¹⁴⁸ Neste sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo: “É fundamental salientar que deve tratar-se de uma competência discricionária, isto é, que confira ao agente poder jurídico para resolver, no momento em que revoga, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Com efeito, se houvera vinculação atual, o decidido pelo ato anterior seria ainda na atualidade a única decisão legal possível. Então, descaberia modificar o decidido ou eliminar o que tinha e tem que existir em decorrência de imposição da lei, sob pena de ofendê-la, caso em que a revogação seria ilegítima.” (MELLO 2005/421). Mais adiante, ao tratar dos limites ao poder de revogar, Bandeira de Mello vaticina: “No caso dos atos concretos a revogação quer fazer cessar uma relação presente, para dispor de outro modo. Respeita efeitos passados, mas alcança uma relação atual, presente, pondo um termo final em seus efeitos. Portanto, atinge uma concreta relação jurídica já constituída. Eis porque geram situações irrevogáveis: c) os atos vinculados enquanto o sejam, pois descabe modificar ou extinguir uma situação que esteja constituída em termos que inadmitem outra solução perante a lei.” (MELLO 2005/ 424-425).

encontra-se já concluída, mas sem o ‘habite-se’, é dizer, sem a certificação final de que a obra foi concluída nos termos da licença concedida¹⁴⁹.

Para esse autor, com a construção da obra o direito de construir se transforma em direito de propriedade sobre o construído. O fundamento é o mesmo do STF, difere, no entanto, quanto ao momento de constituição do direito adquirido, pois o STF entende que há transformação do direito de construir em direito de propriedade sobre o construído quando a obra é iniciada.

Para José Afonso da Silva iniciada a obra pode a Administração declarar a caducidade da licença, caso não seja executada no prazo previsto no alvará. Pode a Administração também fiscalizar a obra durante sua conclusão, e caso constate que há

¹⁴⁹ Destacamos a lição de José Afonso da Silva em razão do pioneirismo e da grande penetração da obra desse ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Consequência diferente é da superveniência de modelo de assentamento urbano diverso do existente em determinada zona. A esse propósito, temos que tem mira quatro aspectos: (a) edificação licenciada, mas não iniciada; (b) edificação licenciada, já iniciada; (c) edificação concluída, sem ‘habite-se’; (d) edificação concluída, com ‘habite-se’. Vamos, aqui, examinar esses aspectos da licença apenas no que reporte ao problema do direito adquirido à implantação da edificação licenciada, porque o estudo da licença em sua problemática teórica mais aprofundada será objeto de consideração quando formos tratar da ordenação da atividade edilícia. (...) Anteriormente fizemos referência ao v. acórdão prolatado pelo STF no julgamento do RE 85.002, que decidiu no sentido de que, nesse caso, se verifica o direito adquirido à conclusão da obra já iniciada, pois, iniciada a construção, a questão deixa de ser direito de construir, para transformar-se em direito de propriedade. Permitimo-nos ponderar, contudo, que essa tese de que a obra apenas iniciada já caracteriza o direito de propriedade encontra graves dificuldades para sustentar-se, pois admitir isso seria concluir que o exercício do direito de construir pela edificação já se esgotara. Então, fica sempre a indagação: até onde vai o exercício do direito de construir in fieri para transformar-se em efetivo direito de propriedade da coisa, seu objeto? Essa metamorfose, segundo aquela tese, já se verificaria com a obra apenas iniciada. Acontece que o direito positivo dos Municípios costuma prever que, mesmo após iniciada a obra, sua interrupção por certo período (dois ou três anos) gera caducidade da licença respectiva. Por outro lado, durante todo o período da construção o Poder Público Municipal tem o direito de fiscalizar a execução da obra para verificar se está sendo realizada nos termos da licença e das regras do direito de construir, o que só termina com a expedição do termo de conclusão ou com o ‘habite-se’, se tudo houver sido efetuado nos termos do projeto aprovado, da licença, das normas do direito de construir. A Prefeitura tem o poder de determinar a demolição da obra em desenvolvimento se o interessado não houver cumprido o projeto, a licença, as normas edilícias, enfim. Tudo isso é inconciliável com aquela tese, dando, ao contrário, a perfeita consideração de que o direito de construir, em cada caso, se esgota somente com conclusão da obra nos termos do projeto e da licença. Até então a obra estava sujeita ao regime do direito de construir, não do direito de propriedade, que somente incide sobre o produto acabado. Antes disso, portanto, ainda nos parece que o titular do direito de construir não adquire direito de continuar com sua atividade construtiva se sobrevier lei nova impondo alteração nas regras relativas ao modelo de assentamento urbano, ficando sujeito às modificações impostas pelo Poder Público para compatibilizar sua edificação às novas normas supervenientes, se possível, ou, então, à demolição, se assim o exigir o interesse público.” (SILVA, 2008/ 302-304). Mais adiante o autor, após a crítica científica sobre a posição da jurisprudência do STF, expõe o seu entendimento sobre o tema: “Diferente parece-nos a situação em que a obra já está concluída, dependente apenas do termo de conclusão ou do ‘habite-se’, porque em tal caso já nasceu, sim, o direito de propriedade sobre o produto do exercício do direito de construir, e, então, sobrevindo lei nova que mude a situação, temos para nós que ocorre direito adquirido ao termo de conclusão ou ‘habite-se’ desde que a construção tenha atendido às regras da lei revogada. Se a municipalidade, nessa situação, julgar inconveniente a manutenção da edificação desconforme, e não havendo meio de adequá-la às novas exigências, às suas expensas, querendo o proprietário, terá que desapropriá-la por necessidade pública. (SILVA, 2008/304).

discrepância entre o projeto aprovado e a construção que está sendo erigida pode determinar sua demolição. Segundo o autor esses atos são incompatíveis com o direito adquirido.

Ora, não se pode negar que a Administração tem o poder de determinar a demolição da obra caso já esteja concluída, mas em desacordo com o projeto aprovado. A demolição pode ocorrer até mesmo após a expedição do 'habite-se', deste que se constate que esse foi emitido por erro na vistoria realizada para verificar se a construção observou todos os termos da licença concedida.

Com isso se quer afirmar que o critério utilizado por José Afonso da Silva e pelo STF não se presta para definir o momento de constituição do direito adquirido à conclusão da obra com base no regime jurídico anterior. Ao nosso juízo, esse critério pode ser utilizado para definir as penalidades cabíveis no exercício da atividade de controle urbanístico pela legislação. Explicamos: Se a licença foi expedida, mas a obra ainda não foi iniciada, pode a Administração declarar a caducidade da licença, por perda do prazo para o início da obra. Já se a licença tiver sido expedida, com a obra já iniciada, pode a Administração declarar a caducidade da licença, por perda de prazo para a conclusão da obra; determinar o embargo administrativo da obra, em razão da desconformidade entre projeto aprovado e o que está sendo construído; e, ainda, determinar a demolição da obra para adaptá-la ao projeto aprovado; Por fim, se a licença tiver sido expedida, com a obra já concluída, não há falar em caducidade por perda de prazo para construção, muito menos em embargo da obra por motivo de desconformidade com projeto aprovado, pois esta já se encontra concluída, cabe, nesses casos, a medida extrema de demolição, caso não se possa adequar a obra ao projeto aprovado.

Ao que nos parece, o fato da obra estar concluída e com habite-se não a torna imune à incidência de algumas conseqüências jurídicas próprias do regime jurídico do direito de construir, pois nada impede que eventual desconformidade grave entre o projeto aprovado e a obra concluída possa surgir no futuro, sendo de rigor, neste caso, a declaração de nulidade do habite-se e a demolição da construção, desde que, obviamente, não seja possível adaptar a construção ao projeto aprovado, e que o prazo para declaração de nulidade não esteja prescrito.

Não se pode também negar que o direito de propriedade compreende bens corpóreos e incorpóreos. De modo que é legítimo aduzir que o particular tem o direito

de propriedade sobre a licença. Tanto é assim que um dos atributos da licença para construir é a possibilidade de sua transferência. Ademais, o lote com licença para construir deferida, costuma ser mais valorizado do que o lote sem esse atributo. A tese que divide em regimes jurídicos estanques o direito de construir do direito de propriedade para fins de fixação do momento de aquisição do direito desconsidera essa realidade. Assim, não se pode falar em um momento mágico em que ocorrerá a metamorfose entre o direito de construir e o direito de propriedade.

Ainda segundo José Afonso da Silva não se pode considerar a licença como ato constitutivo do direito adquirido à utilização de parâmetros urbanísticos previstos na lei anterior, sob pena de prevalência do interesse do particular sobre o interesse público. No Capítulo II.2 consagramos a fórmula $NPU = IE + IL$. A partir dessa fórmula, os novos parâmetros urbanísticos criados em razão do interesse público no correto ordenamento da cidade deve levar em conta tanto a infra-estrutura existente quanto a infra-estrutura projetada, esta última decorre das licenças expedidas e ainda não executadas. Ao agir assim, a Administração compatibiliza o interesse público a um planejamento urbano sustentado e o interesse privado relativo ao exercício do direito de construir. Caso a manutenção da licença se mostre incompatível com o novo planejamento, pode a Administração expropriá-la, e não, simplesmente, decretar seu decaimento enviando o particular para as vias ordinárias para apuração de eventual indenização.

Lúcia Valle Figueiredo entende que o momento de constituição do direito adquirido é a obtenção da licença urbanística pelo interessado. A autora somente empresta relevo à distinção entre o início ou não da obra para fins do cálculo da indenização devida pela Administração, pois a obra já iniciada importa em maiores custos ao particular¹⁵⁰.

¹⁵⁰ “De logo, devemos estabelecer a partir de que momento a licença para edificar integra-se ao patrimônio individual, configurando o contorno do direito adquirido. Entendeu o STF que, uma vez iniciada a obra, o impasse encontrar-se-ia solucionado. Impende, todavia, verificar se, abrigados pelo Texto Constitucional o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI), pode haver relevância jurídica entre o deferimento da licença a que se seguiu o início da construção ou o deferimento sem que a construção haja, ainda, sido iniciada. Afigura-se-nos deva-se entender que, iniciada a construção, a oscilação do quantum debeatur será cada vez maior, na medida em que a obra prossiga. Mas, de fora parte a questão do quantum indenizatório, a ser apurado em prova pericial, não vemos qualquer consequência jurídica diversa na hipótese de estar iniciada ou não a obra. (...) A se entender que, como limite à revogação, encontra-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, expedida a licença, incorporou-se esta ao direito de propriedade do indivíduo.” (FIGUEIREDO, 2005/159-160). Esse entendimento foi defendido pela professora Lúcia Valle Figueiredo em janeiro de 1979, no V Encontro Procuradores, realizado em Manaus. É de rigor citar a conclusão nº 06 do trabalho apresentado, à época, pela ilustre professora: “A supressão de uma licença para construir, em decorrência de lei superveniente, não deverá ocorrer quer por um ato de revogação ou de cassação – ainda que seja com

A autora também contesta a terminologia usada por grande parte da doutrina para a retirada da licença urbanística do mundo do Direito. Afirma a saudosa professora da PUC/SP que os atos praticados no exercício de competência vinculada são infensos à revogação, esta somente se opera no exercício da competência discricionária. Logo, é um erro da doutrina falar em revogação da licença para construir, pelo menos para aqueles que entendem que a licença é um ato praticado no exercício de competência vinculada.

Por fim, conclui que caso o interesse público determine a inexorável retirada do ato do mundo jurídico, o caso será de expropriação de direitos, e não de ‘revogação’¹⁵¹. O mesmo entendimento é adotado por Luís Manuel Fonseca Pires. O autor adere à posição de Lúcia Valle Figueiredo. Defende a necessidade de se expropriar os direitos decorrentes da concessão da licença urbanística, não se admitindo a revogação por razões de conveniência e oportunidade. Cita, ainda, a doutrina de Tomás-Ramón Fernández e Gomes Canotilho. Esse último cunhou a expressão “revogação-expropriação”, deixando clara a necessidade de pagamento de prévia indenização¹⁵².

O caráter irrevogável da licença urbanística também é reconhecido pela doutrina espanhola. Com efeito, destaca Ricardo Estévez Goytre que essa característica decorre diretamente da legislação urbanística espanhola¹⁵³. O mesmo Estévez Goytre afirma que as licenças deferidas com fundamento em plano urbanístico revogado subsistem com a entrada em vigor do novo plano, pois estes atos são considerados declarativos de direitos. No entanto, admite a retirada do ato do mundo jurídico mediante prévia indenização, estabelecida no mesmo ato extintivo da licença¹⁵⁴.

indenização – mas, sim, por meio do instrumento legal albergado no sistema brasileiro - a expropriação do direito.” (FIGUEIREDO, 2005/160)

¹⁵¹ “Muitos autores não têm hesitado em denominar tal ato extintivo de ‘revogação’, por se fundamentar em conveniência e oportunidade administrativas. Entretanto, é corrente que, em matéria de atos inseridos na competência vinculada da Administração, não há a faculdade de emitir provimento secundário sobre a mesma matéria, ou seja, ato revogatório.” (FIGUEIREDO, 2005/158).

¹⁵² “Neste jaez que Tomás-Ramón Fernández trata, no direito espanhol, da “retirada da licença urbanística por motivos de oportunidade” como uma autêntica expropriação de uma licença validamente obtida, e que, por isso, deve a Administração indenizar o titular da licença, o administrado. Lúcia Valle Figueiredo, ao lembrar a expressão ‘revogação-expropriação’, utilizada por J. J. Gomes Canotilho, reconhece a necessidade de indenizar quando suprimida uma licença para edificar.” (PIRES, 2006/202-203)

¹⁵³ “Como actos declarativos de derechos que son, las licencias están amparadas por el principio de irrevocabilidad, por lo que la Administración que las otorgó sólo puede proceder a su revisión em los casos expresamente contemplados en la legislación urbanística.” (GOYTRE, 2010/481).

¹⁵⁴ Neste sentido novamente a lição de Ricardo Estévez Goytre, agora com citação da Sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 31 de julho de 1990: “En la STS de 31 de julio de 1990, con referencia a este supuesto contemplado em el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, se determina que la adopción de nuevos criterios de apreciación em el ámbito urbanístico exige su

Assim, no direito urbanístico espanhol, o ato que declara a extinção de uma licença urbanística regularmente outorgada deve possuir dois conteúdos. O primeiro conteúdo é a extinção da licença não mais compatível como novo ordenamento jurídico. O segundo é a fixação da indenização devida. Percebe-se, daí, o nítido caráter expropriatório do ato que retira a licença do mundo jurídico em razão de mudança legislativa posterior.

Essa matéria é tratada no direito espanhol no art. 35, letra ‘c’, do Texto Refundido da Nova Lei do Solo Espanhola. O Texto Refundido é de 2008, a Lei do Solo é de 28 de maio de 2007¹⁵⁵.

O mesmo entendimento é defendido na doutrina do direito urbanístico espanhol por Tomás-Ramón Fernández, em seu Manual de Derecho Urbanístico, já na 21ª edição. Segundo esse autor a eliminação da licença deve ser acompanhada da apuração do valor da indenização, pois se trata de verdadeira expropriação de direitos¹⁵⁶.

Cabe, ainda, uma referência à doutrina portuguesa sobre o tema. Fernando Alves Correia, no Volume III, do seu Manual de Direito Urbanístico, ao tratar da fase constitutiva do procedimento de licenciamento urbanístico, trata da irrelevância de alterações de parâmetros urbanísticos decorrentes da entrada em vigor de um novo plano após a aprovação do projeto de arquitetura apresentado pelo interessado. Para

plamación en el Plan: es la modificación o revisión del planeamiento la que habilita para la revocación de las licencias anteriores; *que estas licencias, en cuanto actos declarativos de derechos que son, subsisten aunque se produzca una alteración del Plan* pero ésta permite la revocación de aquéllas – sentencias de 17 marzo de 1989, 12 de junio de 1990, etc. -, y que em los supuestos em que no se trate de una anulación por razones de legalidad, no son necesarios los cauces formales de la revisión de oficio. *Efectivamente, como opina la mayor parte de la doctrina, se trata aquí de una auténtica expropiación de la licencia válidamente obtenida* – conviene insistir em que estamos ante supuestos de licencias otorgadas conforme al planeamiento vigente en el momento de su concesión -, *por lo que la Administración que la revoque deberá establecer la indemnización correspondiente en el mismo acto em el que se acuerde dicha revocación* (STS de 19 de mayo de 1969, 28 de febrero 1977, 17 de abril de 1978, 30 de enero de 1979 y 26 de febrerode 1982).” (GOYTRE, 2010/483-484).

¹⁵⁵ Este o teor do texto acima citado. “Art. 35, letra ‘c’: Dan lugar em todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resultem de los sguientes supuestos: (...) c) La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobevenida de la ordenación territorial o urbanística.” (GOYTRE, 2010/483).

¹⁵⁶ “El segundo caso alude a la revocación por simples motivos de oportunidad (adopción de nuevos criterios de apreciación), ligados normalmente a um cambio del planeamiento. Ese cambio no obliga, como ya sabemos, a eliminar *a radice* las situaciones que resultan contrarias al mismo, que pueden subsistir aunque sometidas a um sistema riguroso de limitaciones (régimen de ‘fuera de ordenación’: artículo 60 TR76), pero si habilita a la Administración para liquidarlas si lo desea, ya que uno de los efectos típicos del Plan es el legitimador Del ejercicio de la potestad expropiatoria. De esto, justamente, se trata em este caso, de una auténtica expropiación de una licencia válidamente obtenida con arreglo a la legalidad vigente em el momento em que se solicitó. Por eso precisamente el artículo 16.3 RS obliga a indemnizar AL titular de la licencia em esta hipótesis de los daños e prejuicios que la revocación de la misma le causare, indemnización que debe ser establecida en el mismo acto por el que la revocación se acuerda.” (FERNÁNDEZ, 2008/228-229).

além disso, do mesmo modo como ocorre no direito espanhol, e na linha do entendimento por nós defendido neste trabalho, a retirada do ato administrativo deve ser precedida de prévia indenização, em função da natureza expropriatória da medida¹⁵⁷.

Nosso entendimento já foi adiantado em outras passagens deste trabalho. Defendemos a tese da aquisição do direito de construir de acordo com o ordenamento jurídico revogado a partir do momento em que o poder público municipal concede a licença urbanística. Os fundamentos para o nosso entendimentos serão expostos no item seguinte.

5. Processo administrativo de licenciamento urbanístico

Não há como estudar o tema do direito adquirido no domínio do direito urbanístico sem tratar das diversas fases do processo administrativo de licenciamento urbanístico. A constituição do direito à utilização de parâmetros urbanísticos sempre dependerá da fase em que se encontra o licenciamento urbanístico. Daí a razão da importância do estudo do procedimento que culmina na concessão da licença urbanística e na expedição do alvará de baixa e habite-se (certificado de conclusão da obra).

¹⁵⁷ Eis a lição de Fernando Alves Correia: “O carácter constitutivo de direitos para o requerente do licenciamento da aprovação de projecto de arquitetura torna-se mais claro se recensearmos os direitos constituídos na esfera do particular que viu aprovado o projecto de arquitetura. O primeiro é o de ver fixado o momento de referência para a apreciação do seu pedido: dado que as matérias consideradas no exame do projecto de arquitetura o são em definitivo, são irrelevantes eventuais modificações ulteriores dos parâmetros urbanísticos face aos quais é aferida pela Administração a sua legalidade e viabilidade, em particular por efeito das alterações, revisões ou suspensões dos instrumentos de planeamento territorial que os definem. É certo que essas modificações podem ocorrer. Todavia, como sublinhamos no Volume I deste Manual, no caso de a licença não poder ser concedida, pode ter, entretanto, entrado em vigor um plano cujas disposições são incompatíveis com a realização da obra de edificação, tem o beneficiário do acto de aprovação do projecto de arquitectura direito a uma indemnização.” (CORREIA, 2010/139). Fernando Alves Correia ainda cita decisão dos Tribunais Portugueses em favor de seu entendimento. O ementa do acórdão 4399/08 citada na obra de Alves Correia é a seguinte: “Sendo o PDM um plano com eficácia plurisubjectiva, deriva da sua natureza jurídica normativa a susceptibilidade de aplicação a situações a decidir no futuro, com excepção da garantia do existente nos termos do art. 60º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, de posições subjectivas de direitos adquiridos antes de sua entrada em vigor e de expressa eficácia expropriativa do PDM subsequente, com os consequentes efeitos indemnizatórios, ex vi art. 143º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial.” (CORREIA, 2010/139).

Entretanto, antes de estudar as especificidades do rito do licenciamento urbanístico, cumpre fazer breve distinção entre *processo*, *procedimento* e *licença*.

A distinção entre processo e procedimento foi fartamente desenvolvida pela doutrina, nomeadamente pelos doutrinadores do Processo Civil. A velha doutrina do Processo Civil atribuía à etimologia da palavra ‘processo’ (caminhada adiante, seguir adiante etc.) a confusão com o termo ‘procedimento’. Todavia, a partir da vinda à lume da obra de Büllow intitulada ‘Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias’, publicada em 1868, os conceitos não mais podem ser embaralhados. A idéia-força de marcha adiante, de sucessão de atos concatenados, permeia o conteúdo do ‘procedimento’. No processo as coisas se passam de forma diversa, há aqui verdadeira relação jurídica vinculativa dos sujeitos processuais. A forma extrínseca do processo, o modo como este se nos apresenta exteriormente, é a síntese do procedimento. O processo, é importante que se destaque, é instrumento pelo qual a autoridade estatal competente exerce o poder que lhe foi constitucionalmente conferido.

Não há distinção ontológica entre o processo jurisdicional, legislativo ou administrativo. Todos eles são instrumentos criados pelo constituinte para humanizar o exercício do poder. O processo confere segurança jurídica ao cidadão, na medida em que se lhe permite conhecer, adredemente, o único instrumento legítimo para se tomar decisões que influenciem sua esfera jurídica.

Não há, como imaginam alguns, dignidade superior no processo judicial. A distinção que se faz pela função exercida no processo (legislativa, jurisdicional ou administrativa) não tem o condão de afastar o denominador comum que anima os três tipos de processo, a saber: criação de metodologia para exercício do poder. Não é por outra razão que a Constituição, não obstante de forma pleonástica, estilo próprio de uma Carta analítica, confere ao processo administrativo o mesmo status do processo judicial (art. 5º, inciso LV).

Adolfo Merkl alerta para a garantia proporcionada pelo processo administrativo no controle do exercício do poder.¹⁵⁸ Esse autor demonstra, às escâncaras, que o

¹⁵⁸ “*El motivo político legislativo para la elaboración de un derecho procesal administrativo es el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho en cada caso particular a través de las autoridades administrativas, las mismas garantías de juridicidad o, lo que es lo mismo, la misma aplicación justa del derecho administrativo material, o, en fórmula más breve aunque menos exacta, la misma seguridad de las relaciones jurídicas que ofrece el derecho procesal judicial a todos aquellos a quienes se les declara o establece el derecho – por la vía judicial -, es decir, en el juicio, fundamentalmente. La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma.*”

processo administrativo regula a forma de participação do cidadão no procedimento que lhe irá conferir direito ou infligir obrigação. Denota-se também a tendência do autor em visualizar no processo administrativo uma forma de controlar o exercício do poder estatal.

Para demonstrar as afirmações expostas acerca das distintas naturezas destes dois fenômenos (processo e procedimento), toma-se de empréstimo a doutrina de autores de nomeada. Para Egon Bockmann Moreira o processo pode ser visto sob o ângulo da relação jurídica existente entre as partes ou sob o prisma da seqüência de atos concatenados tendentes a um provimento final.¹⁵⁹ A mesma distinção é produzida por Nelson Nery Costa, em excelente monografia sobre o novo processo administrativo brasileiro¹⁶⁰. Ainda no mesmo sentido é a doutrina das publicistas mineiras Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira e Tatiana Martins da Costa Camarão, que firmaram a distinção ao comentarem a lei federal de processo administrativo¹⁶¹

Afastamo-nos daqueles que entendem que a distinção entre processo e procedimento se justifica pela presença do contraditório. Para muitos o processo é também uma seqüência de atos concatenados tendentes a uma decisão final, acrescido

La más eficaz de todas estas garantías está supuesta por la colaboración en el procedimiento de personas para las que se derivarán o se podrían derivar derechos u obligaciones Del mismo y, por eso, la institución fundamental Del derecho procesal consiste en la regulación de esta colaboración.”(MERKL, 2004/276-277).

¹⁵⁹ ‘O processo pode ser examinado sob dois ângulos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou seqüência predefinida (aspecto superficial). (...) No processo o objeto da relação jurídica é, com exatidão, a gama de direitos e deveres de caráter processual puro. (...) Tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do rito denominado procedimento. Trata-se da forma de se concretizar o processo – tramitação ou seqüência de atos na qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo. Assim, processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito; já o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo – realidade que, de direito (positivo e cientificamente), não significa relação jurídica. São conceitos jurídicos que designam fenômenos diversos no mundo do direito.’ (MOREIRA, 2003/37-38).

¹⁶⁰ ‘O processo não só tem o sentido de encadeamento dos atos em si, mas também das condições para que os mesmos façam com que a Administração tome uma decisão qualquer. O processo administrativo, então, visa a um resultado, a uma decisão de parte do Poder Público. Não se pode confundir o conceito de processo com o de procedimento, pois o primeiro é considerado como o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia determinada no âmbito administrativo, enquanto o segundo trata do modo de realização do processo, o rito processual.’ (COSTA, 2001/9)

¹⁶¹ ‘O texto constitucional utiliza a expressão ‘processual’, ao reservar no art. 22, inciso I, a competência privativa da União para legislar sobre essa área, enquanto admite a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre ‘procedimentos em matéria processual’ (art. 24, XI). Etimologicamente, processo advém do latim *procedere*, que significa ‘ir na frente, avançar, progredir’, e foi durante muito tempo considerado apenas como uma simples sucessão de atos ordenados. Já o procedimento é usualmente conceituado como o conjunto de atos que compõem o processo, isto é, o iter que vai do pedido inicial à decisão.’ (CAMARÃO, FORTINI, PEREIRA/2008-34).

do signo do contraditório. O procedimento ficaria reservado à seqüência de atos concatenados, grafados com o signo da graciousidade¹⁶². A se entender assim, o licenciamento urbanístico poderia ser classificado como processo ou procedimento administrativo. Caso o poder público municipal julgue que o pedido de licença formulado está de acordo com a legislação urbanística estaremos diante de um procedimento de licenciamento urbanístico. No entanto, caso a licença seja negada, tendo o interessado que interpor recurso administrativo para instância superior, estaremos diante de um processo administrativo de licenciamento urbanístico.

Para nós a cadeia de atos concatenados tendentes a uma decisão final, independentemente de litigiosidade entre as partes, há de ser considerada procedimento. Estudaremos aqui o procedimento administrativo de licenciamento urbanístico, e não o processo administrativo de licenciamento. Como já consignamos, interessa-nos, sobretudo, identificar o momento do procedimento de licenciamento administrativo em que podemos considerar configurado o direito adquirido à utilização de parâmetros urbanísticos revogados por lei posterior.

Importante também destacar, tal como o fez Márcia Walquiria Batista dos Santos em obra denominada ‘licença urbanística’, a distinção dos termos processo e procedimento para licença. Com efeito, a licença não se confunde com o procedimento. A licença, conquanto seja o ato mais importante do procedimento de licenciamento urbanístico, é ato solitário, que somente pode ser compreendido a partir da análise de todos os atos que compõem o procedimento¹⁶³. Assim, o estudo isolado do fenômeno jurídico da licença urbanística não nos habilita a enfrentar, de forma minimamente satisfatória, a questão do direito adquirido.

Feita essa primeira distinção entre processo, procedimento e licença. É conveniente que voltemos a outra distinção de fulcral importância para nosso estudo. Trata-se da distinção das três clássicas operações do direito urbanístico, a saber, o parcelamento, a ocupação e o uso do solo urbano. O ordenamento do território se dá a

¹⁶² SANTOS (2001)

¹⁶³ Márcia Walquiria Batista dos Santos tratou da distinção entre processo/procedimento e licença da seguinte forma: “De início, é importante deixar claro que a licença não se identifica com o próprio procedimento ou mesmo com o processo, ou seja, a licença não é nenhum destes institutos. Licença é ato; portanto, não é procedimento, bem como não é processo. A fim de melhor entender a distância existente entre licença, processo e procedimento, partimos do italiano Feliciano Benvenuti, para quem o procedimento é a história causal do ato, é a história da transformação do poder em ato, é, sobretudo, o fenômeno da função. O autor vincula o procedimento ao poder e à função administrativa, o que não é fora de propósito, visto que a conjugação de atos em um procedimento possibilita o administrador o exercício da função pública e a manifestação de seu poder.” (SANTOS, 2001/81).

partir do controle destas operações. Por seu lado, cada operação origina uma licença urbanística específica. Assim, tem-se a licença urbanística de parcelamento do solo urbano; a licença urbanística para construir no solo urbano (ocupação) e a licença urbanística para o exercício de atividade no solo urbano (licença para funcionamento de atividade empresarial). Pode-se então afirmar que a licença urbanística é o gênero, do qual são espécies: a licença para parcelar, a licença para construir e a licença de uso.

Para além de possuírem regimes jurídicos distintos, a emissão das distintas licenças urbanísticas se dá em rigorosa ordem cronológica. Já se disse alhures que a atividade de parcelamento do solo urbano prefere as demais. O parcelamento do solo é atividade consistente na divisão de uma área urbana (geralmente áreas extensas) em lotes. O parcelamento somente pode se realizar após a obtenção da prévia ‘licença de parcelamento do solo’. Após a concessão da licença a Administração pratica inúmeros atos administrativos, culminando com a aprovação e recebimento do loteamento. Após o regular processamento do parcelamento, admite-se o exercício do direito de construir nas unidades construtivas resultantes do loteamento da área urbana. O direito de construir é exercitável regularmente após a obtenção da ‘licença para construir’. O ciclo de exercício do direito de propriedade urbana se consuma com a obtenção da licença de uso (exigível nos casos de exercício de atividade não residencial) da área que foi anteriormente parcelada e edificada.

Essa distinção se justifica por três motivos: 1) Iremos neste primeiro momento fazer um corte metodológico no estudo das licenças urbanísticas e trabalhar apenas com o procedimento traçado em lei para obtenção da licença para construir. Assim, o estudo se apartará das nuances relativas ao procedimento de licenciamento para parcelamento e uso do solo. 2) O STF entende que a constituição de direitos se opera no momento do início da obra regularmente licenciada pelo poder público (*leading case* RE nº 85.002/SP). Lado outro, a legislação urbanística entende que o início da obra ocorre quando construídas as fundações do projeto aprovado. Neste momento, há o comprometimento do lote com o projeto aprovado, transmudando-se o direito de construir em direito de propriedade sobre o construído, na dicção do STF. Ora, se no entender do STF adquire-se o direito ao término da obra com base nos parâmetros urbanísticos revogados a partir do início da obra e se o início da obra confunde-se com a instalação das fundações do projeto aprovado, podemos concluir que não se há falar em direito adquirido no âmbito do procedimento administrativo de licenciamento

urbanístico para parcelamento do solo. O parcelamento do solo irá produzir lotes vazios, é dizer, lotes não ocupados por qualquer edificação. A edificação irá depender do início de um novo processo de licenciamento, desta vez tendente à obtenção da licença para construir. Logo, considerando o marco do STF para aquisição do direito adquirido, é de rigor o estudo isolado do procedimento de licenciamento urbanístico de ocupação do solo urbano (tendente à obtenção da licença para construir). 3) A forma peculiar de tratamento do direito intertemporal no domínio do licenciamento de uso recomenda seu estudo de forma apartada.

Ainda uma última observação antes de traçarmos as linhas mestras do procedimento administrativo tendente à obtenção da licença para construir. Não obstante o deferimento ou indeferimento da licença seja o ato administrativo mais relevante do procedimento, ele não encerra o processo de licenciamento. Outros atos de mais alta relevância jurídica são praticados no procedimento de licenciamento após a concessão da licença para construir¹⁶⁴. A Administração tem o poder-dever de fiscalizar o estrito cumprimento dos termos contidos no alvará de construção por ela emitido. Caso o portador da licença não a execute de acordo com o projeto aprovado, tem a Administração poderes para embargo e demolição da obra¹⁶⁵. Por isso, fazemos analogia entre o processo de licenciamento urbanístico e o processo judicial. Há, assim, uma fase de conhecimento no processo de licenciamento urbanístico que se encerra com o deferimento ou indeferimento do pedido administrativo. E uma segunda fase de controle da execução do ato administrativo ampliativo de direitos concedido ao requerente da licença.

O excessivo tecnicismo da legislação urbanística torna complexo o processo administrativo de licenciamento urbanístico. Em função da complexidade da legislação o procedimento não se inicia com a postulação administrativa. Antes disso, o requerente

¹⁶⁴ Márcia Walquiria Batista dos Santos entende que a licença é o último ato do procedimento: “É possível afirmar que a licença não é em si o procedimento ou o processo, mas do primeiro necessariamente depende, e do segundo, se existir, pode ser uma consequência. A licença é o ato administrativo derradeiro de um procedimento administrativo – que se envolver o contraditório passará a ser processo – e que se consubstancia num alvará emitido pela Administração, nos termos solicitados pelo interessado em seu pedido.” (SANTOS, 2001/84).

¹⁶⁵ Nesse sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles no seu velho Direito de Construir: “Toda construção urbana, e especialmente a edificação, fica sujeita a esse duplo controle – urbanístico e estrutural -, que exige a prévia aprovação do projeto pela Prefeitura, com a subsequente expedição do alvará de construção e, posteriormente, do alvará de ocupação, vulgarmente conhecido por ‘habite-se’. Além da aprovação do projeto, o controle da construção estende-se à execução da obra, mediante fiscalização permanente, que possibilitará embargo e demolição quando em desconformidade com o projeto aprovado, ou com infringência das normas legais pertinentes, como veremos no decorrer deste capítulo.” (MEIRELLES, 2005/207).

dirige-se ao órgão administrativo competente e postula a expedição de informações sob as condições urbanísticas básicas do imóvel que receberá a futura construção. As informações básicas contêm os parâmetros urbanísticos do lote e servirá de guia para que o interessado apresente à Administração seu projeto de construção. As informações servem como orientação para o licenciamento urbanístico. Elas estão para o direito urbanístico assim como o art. 282 do Código de Processo Civil, que trata dos requisitos necessários a toda petição inicial, está para o processo judicial. Não se pode também olvidar que os empreendimentos imobiliários demandam dispêndio de elevados recursos financeiros, razão que justifica a existência de atos prévios à formulação efetiva do pedido administrativo que minimizem os custos do empreendimento. Nesse sentido, as informações preliminares básicas evitam que o interessado apresente projeto em rota de colisão com as exigências formuladas pela autoridade urbanística, tendo, posteriormente, que apresentar projetos retificadores.

As informações básicas para apresentação do projeto de construção possuem similar no direito comparado. Com efeito, o direito urbanístico português regula o pedido de informações básicas no decreto-lei n° 555, de 16.12.1999, que aprovou o regime jurídico da urbanização e edificação em Portugal. O art. 14 desse diploma legal português cria o instituto jurídico da ‘*informação prévia*’. Ela tem por escopo permitir que o interessado se informe sobre eventual viabilidade de operação urbanística que pretenda realizar, além de se certificar sobre os condicionamentos legais para instalação do empreendimento pretendido¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Esse o conteúdo do art. 14 do regime jurídico da urbanização e edificação português: “Art. 14º - Pedido de informação prévia: 1 – Qualquer interessado pode pedir à câmara municipal, a título prévio, informação sobre a viabilidade de realizar determinada operação urbanística e respectivos condicionamentos legais ou regulamentares, nomeadamente relativos à infra-estruturas, servidões administrativas e restrições de utilidade pública, índices urbanísticos, cêrceas, afastamentos e demais condicionantes aplicáveis à pretensão. 2 – Quando o pedido respeite a operação de loteamento, em área não abrangida por plano de pormenor, ou a obra de construção, ampliação ou alteração em área não abrangida por plano de pormenor ou operação de loteamento, o interessado pode requerer que a informação prévia contemple especificamente os seguintes aspectos, em função dos elementos por si apresentados: a) A volumetria da edificação e a implantação da mesma e dos muros de vedação; b) Condicionantes para um adequado relacionamento formal e funcional com a envolvente; c) Programa de utilização das edificações, incluindo a área bruta de construção a afectar aos diversos usos e o número de fogos e outras unidades de utilização; d) infra-estrutura locais e ligação às infra-estruturas gerais; e) Estimativa de encargos urbanísticos devidos. 3 – Quando o interessado não seja o proprietário do prédio, o pedido de informação prévia inclui a identificação daquele bem como dos titulares de qualquer outro direito real sobre o prédio, através de certidão emitida pela conservatória do registro predial. 4 – No caso previsto no número anterior, a câmara municipal deve notificar o proprietário e os demais titulares de qualquer outro direito real sobre o prédio da abertura do procedimento.” (METELLO, 2008/78-79).

No direito português as informações prévias vinculam a Administração urbanística. Assim, a futura pretensão do interessado deve ser decidida nos limites dispostos no ato administrativo que apresenta as informações solicitadas. As informações prestadas têm validade de 1 (um) ano¹⁶⁷. Há que se destacar, no entanto, que os procedimentos de informação prévia e de licenciamento urbanístico no direito português ficam suspensos a partir do início das discussões públicas referentes à alteração ou revisão dos planos urbanísticos. A informação prévia deferida possui alguns efeitos idênticos aos da licença de construir deferida, resguardando, por exemplo, o interessado de eventual mudança legislativa.

No direito urbanístico brasileiro o pedido de informação básica geralmente se coloca como ato obrigatório no curso do procedimento de licenciamento urbanístico, já no direito português o procedimento de informação prévia é facultativo, sucedâneo que é do ‘parecer de viabilidade’ do regime jurídico urbanístico anterior¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Nesse sentido já decidiu o Tribunal Central Administrativo do Norte de Portugal: “O exercício do direito à informação urbanística distingue-se do pedido de informação prévia, uma vez que enquanto a pronúncia administrativa sobre este pedido tem a natureza de acto prévio administrativo, pois define e regula de modo final e vinculativo a posição da Administração perante uma concreta pretensão urbanística, o acto informativo daquele outro pedido constitui uma mera actuação de natureza declarativa, desprovida de carácter decisório.” (SANTOS, 2007/172). A doutrina do direito urbanístico português caminha no mesmo sentido, conforme se depreende do escólio de J. A. Santos no seu Regime Jurídico da Urbanização e Edificação anotado e comentado: “O conteúdo da informação prévia aprovada vincula as entidades competentes na decisão sobre um eventual pedido de licenciamento ou autorização da operação urbanística a que respeita, desde que tal pedido seja apresentado no prazo de um ano a contar da data da notificação da mesma ao requerente. Nos termos do art. 121º, todas as notificações e comunicações referidas neste diploma e dirigidas aos requerentes devem ser feitas por carta registrada, caso não seja viável a notificação pessoal. Logo, a notificação dos actos administrativos por carta registrada com aviso de recepção considera-se eficaz a partir da data em que a carta dirigida para o domicílio do notificando é entregue em conformidade com o regulamento dos serviços postais, que seja recebida pelo destinatário, quer por terceiro – Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, 1ª Secção, 1ª Subsecção, de 11.11.1999, p. 44554, Ficha nº 1086/99. Neste caso, não se suspende o procedimento de licenciamento ou autorização nas áreas a abranger por novas regras urbanísticas constantes do plano municipal ou especial de ordenamento do território ou sua revisão, sempre que o pedido tenha sido instruído com informação prévia favorável de carácter vinculativo, que no parágrafo anterior referimos. Há suspensão do procedimento de informação prévia nas áreas a abranger por novas regras urbanísticas constantes do plano municipal ou especial de ordenamento do território ou sua revisão. Assim sendo, os procedimentos de informação prévia, de licenciamento ou de autorização ficam suspensos a partir da data fixada para o início do período de discussão pública e até à data da entrada em vigor daquele instrumento.” (SANTOS, 2007/179)

¹⁶⁸ Sobre a segurança jurídica proporcionada pelo procedimento de informação prévia no direito português vaticinou Fernando Alves Correia no seu Manual de Direito do Urbanismo, Volume III: “Aqui chegados, estamos em condições de afirmar que o pedido de informação prévia desempenha três funções essenciais: uma função de informação, uma função de garantia ou de segurança e uma função de simplificação procedimental. (...) A segunda – a de garantia ou de segurança – está associada à vinculação pela câmara municipal à informação no caso de posterior pedido de licenciamento ou apresentação de comunicação prévia pelo interessado requerente, no prazo de um ano, e na medida da conformação do ulterior pedido aos termos da informação prestada, seja a mesma favorável ou desfavorável à pretensão do particular (artigos 17º, nº 1 e 2, 16º, nº 4, do RJUE). Uma tal função é reforçada pela possibilidade de ‘renovação’ por mais um ano do prazo de vinculação pela câmara municipal à informação prévia

No nosso direito as informações básicas também possuem prazo de validade. O ato administrativo que expede informações básicas para apresentação de projeto de edificação geralmente ressalva sua validade à manutenção do regime jurídico sob o qual foi emitido. Logo, pode-se afirmar que, entre nós, as informações básicas, como regra geral, não vinculam a Administração que a emitiu. Isso porque no direito urbanístico europeu o procedimento de informação prévia se coloca como espécie de decisão prévia sobre o licenciamento futuro, já no nosso direito as informações básicas têm caráter de orientação do empreendedor.

Pois bem. Com base nas informações prestadas pela Administração urbanística o requerente irá formular sua pretensão junto ao órgão competente. O requerimento de licença deverá ser formulado acompanhado de todos os documentos exigidos pela legislação urbanística. O pedido geralmente vem acompanhado dos projetos de construção e de termo de responsabilidade técnica firmado pelo autor do projeto. O termo de responsabilidade técnica imprime celeridade ao processo de licenciamento, por meio dele os autores do projeto atestam a observância das normas técnicas de construção na sua elaboração. Assim, o termo de responsabilidade tem por objetivo isentar a Administração de promover o controle das normas técnicas da construção. O responsável técnico responsabiliza-se administrativamente, civilmente e criminalmente por suas declarações. Trata-se do fenômeno da *'privatização das responsabilidades públicas'*.

Apresentado o requerimento à Administração abrem-se três possibilidades: Pode ela indeferir liminarmente o pedido; determinar o suprimento de alguma omissão, saneando o processo administrativo; ou pode aceitar o requerimento como formulado e prosseguir nos ulteriores termos do procedimento. A pretensão administrativa deve ser indeferida liminarmente quando o pedido mostrar-se manifestamente contrário ao ordenamento jurídico urbanístico. Basta imaginar, v.g., um pedido de licença para construir em área imprópria para tanto. O saneamento do processo tem lugar quando detectado meros erros formais no requerimento inicial. Podem ser considerados meros erros formais a ausência de documento necessário, identificação correta do interessado,

favorável, prevista no art. 17º, nº 3, do RJUE, e pela não suspensão dos procedimentos de licenciamento ou comunicação prévia requeridos ou apresentados com suporte em informação prévia nas áreas a abranger por novas regras urbanísticas, constantes de plano municipal ou especial de ordenamento do território ou sua revisão a partir da data fixada para o início da discussão pública e até à data da entrada em vigor daquele instrumento de planeamento, plasmada no art. 17º, nº 4, daquele diploma legal.” (CORREIA, 2010/177-178)

da área em que se pretende aprovar o projeto etc. Estando o requerimento em ordem passa-se à fase de instrução do processo.

A instrução do processo de licenciamento urbanístico de que estamos a tratar ordinariamente ocorre simultaneamente ao requerimento inicial. Como regra geral toda a documentação exigida no processo de licenciamento é juntada pelo requerente junto com a pretensão inaugural. Há, no entanto, dois casos em que se vislumbra a necessidade de prática de atos de instrução no curso do processo de licenciamento. Nos casos em que o empreendimento proposto cause relevantes impactos no meio ambiente urbano convém que a Administração convoque audiência pública para tratar das repercussões negativas e positivas do projeto. As audiências públicas são obrigatórias nos empreendimentos sujeitos ao prévio estudo de impacto de vizinhança. Há também casos em que o projeto depende da anuência de outros entes externos à Administração Pública Municipal. Não raras vezes, o processo de licenciamento urbanístico depende de prévia licença ambiental expedida por órgãos do Estado-Membro para tramitação regular. Em outras circunstâncias depende de autorização de concessionária de serviço público para aprovação da operação urbanística. Em casos assim, esses atos podem ser praticados no curso do processo de licenciamento urbanístico, após a fase inicial de requerimento e antes da apreciação do mérito do pedido.

O ato principal, ou o ‘acto típico a que se dirige o procedimento’ como quer Fernando Alves Correia¹⁶⁹, a que se preordena o procedimento é a decisão que defere ou indefere o pedido de licença urbanística formulado pelo interessado. Caso fique patenteado que o requerente cumpriu todos os requisitos previstos em lei para a obtenção da licença não pode o poder público municipal negá-la. No processo administrativo de licenciamento urbanístico o interessado deve comprovar as condições adrede previstas em lei para que lhe seja deferida a licença. Com isso se quer afirmar que a decisão proferida no âmbito do processo de licenciamento urbanístico decorre do exercício de competência administrativa vinculada. Nesta fase de deliberação final, que os portugueses denominam fase constitutiva do licenciamento urbanístico, a Administração irá confrontar o pedido, devidamente instruído, com os parâmetros urbanísticos previstos nas leis de uso e ocupação do solo urbano; as diretrizes gerais de ordenação do território previstas no plano diretor; as normas técnicas de segurança, salubridade e conforto da edificação; existência de restrições de interesse público ao

¹⁶⁹ (CORREIA, 2010/133).

exercício do direito de propriedade; compatibilidades com normas relativas ao direito de vizinhança previstas no código civil; dentre outras normas setoriais (v.g., normas de direito ambiental) que têm incidência no domínio do licenciamento urbanístico.

A competência para editar normas sobre procedimento de licenciamento urbanístico é do Município. Logo, não há um prazo uniforme para que o pedido de licença urbanística seja decidido pelo Executivo. Algumas leis municipais, além de definir o prazo para manifestação final da autoridade urbanística, definem os efeitos decorrentes da omissão da Administração na análise da pretensão administrativa. Com efeito, o silêncio administrativo pode ter conseqüências positivas ou negativas em relação ao requerente da licença urbanística. No âmbito do licenciamento urbanístico para parcelamento do solo a Lei Federal nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, adotou o critério do silêncio negativo. Assim, se o Poder Público Municipal não se manifestar no prazo previsto na lei municipal específica, considera-se rejeitado o projeto de loteamento¹⁷⁰. Entretanto, no âmbito do licenciamento urbanístico para aprovação de edificação não há norma federal dispondo sobre os efeitos do silêncio administrativo. Alguns Municípios passaram a conceder em seus códigos de obras efeitos positivos ao silêncio administrativo¹⁷¹. É importante ressaltar que o silêncio

¹⁷⁰ Lei Federal nº 6.766/79, art. 16, §§ 1º e 2º - “Art. 16 – A lei municipal definirá os prazos para que um projeto de parcelamento apresentado seja aprovado ou rejeitado e para que as obras executadas sejam aceitas ou recusadas. § 1º - Transcorridos os prazos sem a manifestação do poder público, o projeto será considerado rejeitado ou as obras recusadas, assegurada a indenização por eventuais danos derivados da omissão. § 2º - Nos Municípios cuja legislação for omissa, os prazos serão de 90 (noventa) dias para a aprovação ou rejeição e de 60 (sessenta) dias para a aceitação ou recusa fundamentada das obras de urbanização”. O tema central deste trabalho não nos permite desenvolver a problemática do silêncio administrativo no âmbito do direito urbano-ambiental com a detença necessária. Essa questão está a ser, amiúde, debatida nos meios acadêmicos europeus. Obra de fôlego sobre o tema foi escrita no direito espanhol. A obra coordenada por Tomás Quintana López não se limita a tratar do tema no domínio do licenciamento urbanístico. Para além dessa abordagem, discute a tratativa da aprovação do próprio plano urbanístico por silêncio administrativo (El Silencio Administrativo – Urbanismo y Medio Ambiente, editora tirant lo blanch tratados). A par dessas considerações, é de se deixar aqui consignado que o silêncio negativo previsto no art. 16 da lei federal nº 6.766/79 não passa pelo crivo do controle de constitucionalidade. É que toda decisão restritiva de direitos emanada do poder público deve ser, por imperativo constitucional, fundamentada. De modo que, usando os termos do direito posto, rejeitar projeto de loteamento ou recusar o recebimento de obras já realizadas são decisões que, para além de ter que se expressar por meio de ato administrativo formal, devem ser fundamentadas.

¹⁷¹ O Município de Belo Horizonte concedeu efeitos positivos ao silêncio administrativo ao editar seu recente código de obras. Esse o tratamento dado ao tema pelo art. 15 da Lei Municipal nº 9.725/2009: “Art. 15 - O prazo máximo para o Executivo concluir a análise do projeto, aprovando-o ou emitindo ao responsável técnico e ao proprietário comunicação por escrito relativa às normas infringidas e aos erros técnicos cometidos é de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data de seu protocolo. § 1º - Mediante despacho fundamentado, o Secretário Municipal competente poderá prorrogar, por igual período, o prazo previsto no caput deste artigo. § 2º - A prorrogação de prazo prevista no § 1º deste artigo é prerrogativa exclusiva do Secretário Municipal competente. § 3º - É responsabilidade do Executivo providenciar, quando for o caso, a manifestação de todos os órgãos e unidades da Administração Direta e Indireta do

positivo não implica deferimento tácito da licença para construir. O transcurso do prazo para decisão administrativa *in albis* não significa que o projeto de construção foi aprovado na forma como apresentado pelo requerente. O silêncio positivo permite apenas que o interessado em edificar dê início à construção antes da obtenção da licença prévia. No entanto, eventuais desconformidades entre o projeto executado com fincas no silêncio positivo e o ordenamento jurídico na ficam automaticamente regularizadas, sendo a responsabilidade pela ilegalidade imputada ao requerente da licença, podendo a Administração Pública, inclusive, decidir pela demolição das construções erigidas ao arrepio da lei. Essa é uma das razões para o descrédito do silêncio positivo no direito urbanístico brasileiro. O custo financeiro do empreendimento e o risco da obra ser lançada na clandestinidade recomendam que o interessado busque o Poder Judiciário para fazer cessar a omissão. O mandado de segurança contra ato omissivo de autoridade é o remédio processual adequado para tanto.

Embora seja a decisão sobre o deferimento ou não da licença a finalidade específica do processo de licenciamento urbanístico de edificação, não se pode afirmar que ele encerre o procedimento. Outros atos de mais alta relevância jurídica são praticados após a concessão da licença. Anteriormente se fez analogia entre o processo administrativo de licenciamento urbanístico e o processo judicial. Aqui é o momento de retomar as idéias anteriormente lançadas. Ao nosso juízo o processo administrativo de licenciamento urbanístico, não obstante prime pelo sincretismo, possui duas fases facilmente distinguíveis a partir da análise do direito posto. A primeira fase pode ser chamada de '*fase de accertamento do direito de construir*'. Nesta fase a Administração Pública irá verificar se o interessado demonstrou a existência dos requisitos necessários

Município, que deverão se pronunciar acerca da aprovação do projeto dentro do prazo previsto neste artigo. § 4º - Os projetos que estiverem em desacordo com a legislação vigente ou contiverem erros técnicos poderão ser corrigidos pelo responsável técnico e reapresentados ao Executivo para aprovação. § 5º - O responsável técnico terá o prazo de 30 (trinta) dias, contados de sua intimação, para corrigir o projeto, sendo que o não atendimento desse prazo implica o indeferimento do projeto. § 6º - Apresentadas as correções previstas nos §§ 4º e 5º deste artigo, o Executivo procederá à conferência do projeto quanto ao atendimento de todas as modificações solicitadas, devendo, no prazo de 25 (vinte e cinco) dias, aprová-lo ou indeferi-lo. § 7º - Decorridos os prazos previstos nos §§ 1º e 6º deste artigo sem que a análise do projeto tenha sido concluída, o proprietário poderá notificar o Secretário Municipal competente para, no prazo de 15 (quinze) dias, aprovar ou indeferir o projeto. § 8º - *Esgotado o prazo previsto no § 7º deste artigo sem que haja manifestação conclusiva do Secretário Municipal competente, fica o responsável técnico autorizado a dar início à obra, mediante notificação a este.* § 9º - *O disposto no § 8º deste artigo não isenta o proprietário e o responsável técnico pela obra do cumprimento do disposto nesta Lei e na legislação pertinente, bem como da sujeição às penalidades previstas no Anexo VII desta Lei*".

à obtenção da licença para construir. Essa fase compreende a prática dos seguintes atos: expedição de informações básicas pela Administração (serve de orientação para apresentação do projeto de construção); apresentação do requerimento administrativo pelo interessado, que deve vir acompanhado dos documentos previstos em lei; eventual instrução do pedido (realização de audiência pública e juntada de informações que devem ser prestadas por entes externos ao Município); e, por fim, decisão da Administração sobre o pedido formulado (o deferimento da licença é acompanhado da expedição de alvará de construção. O alvará é o instrumento da licença)¹⁷². Deferida a licença passa-se à fase de execução da licença. A execução da edificação é realizada pelo interessado. No entanto, esse processo é permeado por intensa fiscalização do poder público. Denominamos essa segunda fase de *'fase de controle da execução da licença'*. É dela que passaremos a cuidar.

Outra questão de alta relevância para nosso estudo é o prazo conferido pela legislação urbanística para o portador da licença executar o projeto aprovado. A licença para construir nasce com data certa para falecimento. Diversas são as causas que levam à extinção da licença para construir, a mais comum é, certamente, o cumprimento de seu objeto, é dizer, a realização da obra licenciada pela Administração no prazo previsto na licença. Há, entretanto, outras causas menos usuais de extinção da licença para construir, tais como o decaimento, a anulação, a cassação e a caducidade.

A caducidade decorre, justamente, da expiração do prazo de vigência da licença sem que o interessado inicie a obra licenciada, ou, iniciada a obra, não a conclua no prazo legal. A doutrina aduz que o prazo para início e conclusão da obra é de perempção¹⁷³. Assim, expirado o prazo, torna sem efeito o ato administrativo concessivo da licença. Em alguns casos a legislação admite a renovação do prazo para início e conclusão das obras.

¹⁷² Fernando Alves Correia denomina a emissão do alvará de construção de fase integrativa da licença. A aprovação do projeto de arquitetura não é suficiente para deflagrar o direito de construção. Segundo o autor português a aprovação do projeto “é um acto perfeito, mas ainda não é eficaz. Ele é um acto potencialmente produtor de consequências jurídicas, mas eles estão comprimidos ou em estado latente. Torna-se, por isso, necessária, como acentua ROGÉRIO SOARES, uma terceira fase, constituída por actos que, não podendo acrescentar nada à validade do acto principal, vão, todavia, conferir-lhe a força que os liberte do letargo. O acto integrativo da eficácia da licença é a emissão de um título, que adopta a designação tradicional no nosso direito autárquico de alvará.” (CORREIA, 2010/155). Essas observações se ajustam ao ordenamento jurídico urbanístico brasileiro.

¹⁷³ Sobre esse ponto cabe destacar as velhas lições de José Afonso da Silva: “A caducidade da licença ocorre, pois, com o transcurso do prazo de perempção quando, durante ele, não se tiver dado início às obras licenciadas. Mas também se prevê a caducidade em consequência de paralisação prolongada da obra ou de uma delas, no caso do conjunto; a legislação marca o prazo de interrupção capaz de gerar esse efeito. (SILVA, 2008/451).

Outra forma de extinção dos efeitos das licenças para construir que tocam de perto a questão do direito adquirido é o decaimento. O decaimento é forma de extinção da licença, ainda em vigor, em razão de mudança no ordenamento jurídico sob o qual foi emitido o ato administrativo¹⁷⁴.

A distinção entre a caducidade e o decaimento mostra-se óbvia. No decaimento retira-se do mundo jurídico a licença que está a produzir efeitos em razão de alteração superveniente do ordenamento. A caducidade é a extinção dos efeitos da licença em função de perda de prazo. A distinção se mostra fundamental para nosso estudo, pois se deve afastar a incidência do direito adquirido no domínio do direito urbanístico nos casos em que a licença já se encontra caduca. Assim, extrapolado o prazo para início da obra já não se pode mais falar em incidência do regime de direito intertemporal. Por óbvio, se a licença já não está a produzir mais efeitos em função de sua caducidade, não pode ter seus efeitos revigorados em razão da mudança do regime jurídico.

Fica, então, desde já assentado, que a execução da obra licenciada deve ser concluída dentro de um lapso temporal pré-definido em lei, sob pena de perda de seus efeitos, devendo o interessado formular novo requerimento à Administração caso queira exercer o direito de construir.

Pois bem. O próximo passo do procedimento de licenciamento urbanístico que nos interessa é o início da obra. Segundo o STF esse é o momento em que o proprietário adquire o direito à utilização de parâmetros urbanísticos revogados em caso de mudança no ordenamento jurídico urbanístico¹⁷⁵. A caracterização do momento de início da obra geralmente vem definida na legislação urbanística dos Municípios. Essa definição, todavia, não decorre da necessidade de se firmar o momento da constituição dos direitos

¹⁷⁴ Sobre a revogação pontificou José Afonso da Silva: “A anulação da licença, como se acabou de ver, constitui controle de legalidade. Ocorre, pois, quando se verifica vício de legalidade. A revogação é ato de controle do mérito. Dar-se-á quando sobrevier motivo de interesse público que desaconselhe a realização da obra licenciada, tal como: (a) mudança das circunstâncias – seja por haverem desaparecido as que motivaram sua outorga ou por sobrevirem outras que, se existissem antes, teriam justificado sua denegação; (b) adoção de novos critérios de apreciação – em que a incompatibilidade da atividade licenciada deriva de uma modificação posterior que a Administração introduziu no ordenamento jurídico urbanístico, quer aprovando novo plano diretor, quer modificando o existente, quer aprovando nova lei de zoneamento ou modificando a existente, com efeitos negativos para a manutenção da licença e do direito reconhecido ao particular com sua outorga; (c) erro na sua outorga – o erro que supõe a equivocada apreciação de circunstâncias reais não é um erro de fato, que em todo momento poderia ser sanado pela Administração; mas um erro de classificação, de valoração, de interpretação etc.; quer dizer, um erro de direito. O erro, no entanto, pode gerar uma ilegalidade na outorga da licença, caso em que seu desfazimento deverá ser feito por anulação, e não por revogação – o que tem conseqüências diversas.” (SILVA, 2008/453-454).

¹⁷⁵ Leading case RE nº 85.002/SP, relator Ministro Moreira Alves.

dos proprietários em face de eventual mudança legislativa, acatando, assim, a jurisprudência do STF. Muito ao contrário, essa definição tem por objetivo marcar o momento final do prazo de perempção da licença concedida pela Administração.

Assim, não foi a legislação dos municípios brasileiros que se adequou ao entendimento do STF, definindo o que se entende por início de obra para fins de definição do regime do direito adquirido, foi o STF que usou o momento do procedimento de licenciamento já definido nas legislações municipais para fins de caducidade da licença para definir o regime de direito adquirido. Logo, para o STF, o início da obra, para além de vencer eventual prazo peremptório, gera direito adquirido ao regime jurídico anterior no caso de mudança legislativa. Ocorre que as legislações municipais sempre definiram outro momento para a constituição do direito adquirido. Esse momento é a entrada do requerimento de licença no órgão competente para sua emissão. Essa ruptura entre a jurisprudência que se encontra pacificada no STF desde a década de 70 do século XX e o ordenamento jurídico urbanístico editado pelos municípios já foi por nós constatada em outra passagem deste estudo.

Os municípios costumam definir como momento de início da obra a conclusão das fundações nos exatos termos do projeto aprovado pela Administração. Há casos em que se exige a conclusão da primeira laje para se considerar iniciada a obra. Não raras vezes, os códigos de obras determinam que o responsável técnico pela construção comunique formalmente a autoridade competente pela fiscalização da obra acerca de seu início. Esses comunicados são autuados no processo administrativo de licenciamento urbanístico e definem o início da obra para fins de caracterização de cumprimento do prazo de perempção, e não para constituição de eventual direito adquirido.

Já se viu que a obra iniciada deve chegar ao seu termo dentro do prazo previsto na legislação urbanística. A Administração exerce controle sobre o desenvolvimento dos trabalhos no curso deste prazo. Caso se verifique desconformidade entre a execução e o projeto aprovado a obra deve ser embargada pela Administração.

Após a conclusão da obra a Administração promove vistoria no local para verificar se o proprietário se cingiu aos contornos do projeto aprovado. Em caso positivo pratica o derradeiro ato administrativo no curso do procedimento administrativo de licenciamento administrativo, a saber, a expedição de certidão que atesta a execução regular do projeto aprovado.

Aqui chegados, já podemos demarcar com alguma precisão os principais atos praticados no curso do processo administrativo de licenciamento urbanístico tendente à concessão da licença para construir: *Na fase de acertamento do direito de construir* – 1) Expedição de informações básicas; 2) Requerimento da licença pelo interessado; 3) Instrução do processo com juntada de documentos de órgãos externos ao Município e realização de audiências públicas; 4) decisão pelo deferimento ou indeferimento do pedido. *Na fase de controle da execução da licença concedida* – 5) Início da obra controlado a partir de comunicação do responsável técnico; 6) fiscalização para verificação da adequação entre a execução da obra e o projeto aprovado; 7) vistoria final; 8) concessão da certidão denominada baixa e habite-se, que nada mais é do que um atestado da estrita obediência do projeto aprovado.

Antes de seguir, é de rigor asseverar que a doutrina não divide o processo de licenciamento urbanístico da forma acima exposta. A distinção que mais ganha adeptos no direito urbanístico brasileiro é a de José Afonso da Silva. Este autor divide o procedimento de obtenção da licença em três fases: introdutória, de apreciação do pedido e decisória. A fase introdutória instaura-se com a apresentação do requerimento. A fase de apreciação do pedido começa com o requerimento, que não pode ser recebido se não estiver devidamente instruído. Já a fase decisória refere-se à decisão administrativa que defere ou indefere o pedido¹⁷⁶.

A classificação de José Afonso da Silva não leva em consideração os atos praticados no procedimento de licenciamento após a emissão da licença. Ocorre que para a definição do momento de aquisição do direito adquirido é fundamental dar destaque aos atos praticados após a concessão da licença para construir, nomeadamente em função da jurisprudência do STF que estabelece como momento da aquisição do direito ato ocorrido após a concessão da licença (início da obra). Esta realidade justifica a classificação aqui engendrada.

Definidos os atos mais relevantes do processo de licenciamento urbanístico passa-se ao enfrentamento da questão do momento de constituição do direito adquirido.

6. Licença urbanística como momento jurídico de constituição do direito adquirido

¹⁷⁶ (SILVA, 2008).

Já se disse alhures que a licença é um ato praticado no exercício de competência vinculada conferida por lei à Administração Pública. No exercício dessa competência não goza a Administração de liberdade de atuação, pois a lei faz definição adrede de elementos que, configurados, impõem à Administração o dever de praticar o ato.

A tipicidade aqui é fechada, no sentido de que ao administrador cumpre apenas avaliar se o requerente da licença urbanística cumpriu os ditames previstos na norma legal.

No processo de licenciamento urbanístico o poder público municipal expede diretrizes básicas para orientar o interessado na elaboração de seu projeto arquitetônico, é dizer, de sua postulação administrativa inicial. Essas diretrizes são extraídas do ordenamento jurídico municipal. Os planos diretores definem os parâmetros urbanísticos passíveis de aplicação (coeficiente de aproveitamento, taxa de ocupação, quota habitacional, recuos necessários, taxa de permeabilidade, dentre outros). Nesse sentido, o plano define o conteúdo do direito de propriedade. Os Códigos de Obras também costumam definir parâmetros técnicos relativos à salubridade, segurança, ventilação, iluminação etc. das construções.

Ao decidir o pedido de licença urbanística a Administração faz o cotejo entre o pedido apresentado e os parâmetros urbanísticos definidos em lei. Não pode avaliar se a concessão da licença é oportuna ou conveniente. Do mesmo modo que não tem o poder de concedê-la ausentes quaisquer dos pressupostos legais.

Márcia Walquiria Batista dos Santos, ao tratar da licença como ato praticado no exercício de competência vinculada, traz julgado do TJSP em que a licença é considerada ato *vinculado e definitivo*, gerando para o licenciado *direitos subjetivos*.

Essa é a realidade do direito urbanístico brasileiro, que neste passo seguiu de perto o direito urbanístico europeu continental. Fernando Alves Correia trata da doutrina e da jurisprudência dominantes na Espanha, Alemanha e Itália. Na Espanha Tomás-Ramón Fernández, F. López Ramón, F. Iglésias González, Estévez Goytre, Pons González e Ángel Del Arco Torres defendem a ausência de liberdade de ação da Administração ao decidir o pedido de licença formulado pelo interessado. A atuação administrativa cinge-se ao exame de conformidade entre o projeto apresentado e ordenamento jurídico urbanístico. Na Alemanha Findelburg/Ortloff, U. Battis, G.

Scholz, Werner/Pastor/Müller e F. Stolmann esposam esse mesmo entendimento. O mesmo se dá no direito urbanístico italiano com Valerio di Gioia e Fiale. Toda essa doutrina entende que a Administração Pública não possui qualquer liberdade de atuação, devendo apenas examinar a conformidade entre o projeto apresentado e as normas urbanísticas¹⁷⁷.

Já no direito urbanístico inglês a Administração possui discricionariedade no momento do licenciamento de projetos urbanísticos. Isso porque no direito inglês não há definição prévia de parâmetros urbanísticos. Os planos urbanísticos ingleses apenas definem diretrizes que devem ser seguidas no momento do licenciamento e na construção de obras públicas. Assim, diante do caso concreto que lhe é apresentado, a Administração analisa diversos aspectos urbanísticos do projeto, tais como adensamento da área, conformidade com usos já instalados, inserção paisagística etc. Não há mera análise de compatibilidade entre a postulação administrativa e os parâmetros previstos em lei (taxa de ocupação, coeficiente de aproveitamento, recuos etc.). Esse é um sistema em que a Administração goza de ampla discricionariedade no momento da decisão.

Segundo Victor Carvalho Pinto a excessiva discricionariedade é mitigada por um sistema institucionalizado de recursos administrativos ao governo central. As decisões proferidas em sede de recurso administrativo pelo governo central podem ser sindicadas pelo Poder Judiciário. No entanto, a análise do Judiciário cinge-se à observância das formalidades do processo, elas não invadem o âmbito das escolhas efetuadas pela Administração no momento do licenciamento urbanístico¹⁷⁸.

Nosso direito urbanístico, nesse aspecto, filiou-se ao direito da Europa Continental, definindo a licença urbanística como ato vinculado. Assim é porque a Administração, diante de um pedido de licença para parcelamento, ocupação ou uso do solo urbano, consulta as normas urbanas adrede previstas em seu plano diretor e código de obras, e a partir delas, decide a pretensão.

¹⁷⁷ (CORREIA, 2010/217-218).

¹⁷⁸ Excelente estudo de direito comparado é realizado por Victor Carvalho Pinto em sua tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP. O trabalho foi publicado sob título ‘Direito Urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade’, pela editora Revista dos Tribunais. Ao tratar do direito urbanístico inglês o autor assevera: “O que singulariza o modelo britânico é o fato de não haver regras precisas sobre o que pode ou não ser feito em cada terreno. Mesmo os *local plans*, que são os planos mais detalhados, não chegam a estabelecer índices urbanísticos específicos. Eles projetam o uso futuro de cada parte do território, no sentido de seu adensamento ou da realização de obras públicas, mas não chegam a um detalhamento quantitativo aplicável a cada lote.” (PINTO, 2005/100).

Característica peculiar dos atos praticados no exercício da competência vinculada é a sua irrevogabilidade. Nesse sentido, a licença pressupõe direito subjetivo do requerente, conforme afirmado por Márcia Walquiria Batista dos Santos¹⁷⁹. Com a expedição da licença fica o requerente habilitado a iniciar as obras, eventual mudança do ordenamento jurídico urbanístico não o atinge¹⁸⁰. Logo, não se há falar de revogação por razões de interesse público superveniente, ou em decaimento em razão de eventual mudança no ordenamento jurídico.

Não se quer com isso sacralizar o instituto da licença, muito menos conferir maior relevância ao interesse privado quando confrontado com o interesse público. Com efeito, admitimos a retirada da licença do mundo jurídico. Entretanto, essa retirada dever ser efetuada por meio da expropriação de direitos, e não por meio da expedição de ato administrativo de decaimento.

À moda do que se passa no direito urbanístico espanhol, o ato administrativo que declara a extinção da licença deve apurar o valor da indenização devida pela Administração. Para além disso, como se trata de uma expropriação, além de consignar o valor no ato que declara a extinção da licença, deve a Administração efetuar o pagamento antes da retirada do ato no mundo jurídico. Logo, o ato deve ser seguido de prova do pagamento do valor devido. E nem se diga que o art. 100 da CR88, que determina que os pagamentos da fazenda pública decorrentes de sentença judiciária sejam feitos pela via do precatório, seja óbice intransponível ao nosso entendimento. Não vamos fazer mergulhos profundos nessa temática, mais cabe aqui lembrar trabalho de fôlego empreendido pelo professor da PUC/SP Clóvis Beznos sobre os ‘aspectos jurídicos da indenização na desapropriação’. A conclusão n° 32 do ilustre professor bandeirante é no sentido de que as indenizações na desapropriação não se subsumem ao regime jurídico dos precatórios¹⁸¹.

¹⁷⁹ “A doutrina é unânime em defender o caráter unilateral da licença urbanística, tendo em vista que o pedido do interessado não se incorpora ao ato administrativo. É, ainda, ato vinculado e definitivo, ou seja, com o preenchimento, pelo requerente, dos requisitos legais, necessários à obtenção da licença urbanística, a Administração não pode negá-la, assim como, uma vez concedida e expedida é definitiva, salvo motivo que autorize sua invalidação. Isso porque a licença pressupõe direito subjetivo do requerente.” (SANTOS, 2001/101).

¹⁸⁰ Mesmo porque, no momento da elaboração do novo planejamento urbanístico, a Administração deve levar em consideração as licenças urbanísticas já expedidas.

¹⁸¹ Eis o teor da conclusão n° 32 da tese de doutoramento do professor Clóvis Beznos, publicada sob o título ‘Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação’, pela editora Fórum: “A indenização devida na desapropriação não se enquadra no conceito de ‘pagamento devido pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária’, não se podendo sujeitá-la ao art. 100 da Constituição Federal. (BEZNOS, 2006/151).

A par o caráter vinculado das licenças urbanísticas, é de se destacar que o direito de construir é uma decorrência do direito de propriedade de estatura constitucional. O direito de construir encontra-se em alto grau de generalidade e abstração enclausurado na Constituição no art. 5º, XXII, que garante o direito de propriedade. O grau de generalidade e abstração é mitigado a partir da edição do plano diretor/lei de parcelamento, ocupação e uso do solo pelo Município. Nesse momento, definem-se os parâmetros urbanísticos das propriedades urbanas. Até essa fase, o direito de construir ainda é potencial. O proprietário somente pode fazer intervenções na propriedade após a obtenção da respectiva licença. A licença urbanística se põe como o ato administrativo que empresta efetividade ao direito de construir. Esse é ato que reconhece o direito de construir previamente contido na Constituição e normas urbanísticas. É o ato que transforma o direito de construir potencial em direito de construir real. Em razão dessas singulares características, nomeadamente por ser um ato que confere efetividade a um direito fundamental previsto na Constituição, é que entendemos que a licença urbanística é o marco na definição da constituição do direito adquirido em matéria de direito urbanístico.

A justa ponderação na instituição do regime de direito intertemporal no direito urbanístico brasileiro demanda a suspensão dos processos administrativos tendentes à concessão de licenças urbanísticas no curso do procedimento de elaboração/revisão de planos diretores (decorrência do princípio do planejamento urbano implícito na Constituição e explícito na legislação infraconstitucional). Alia-se a esse entendimento a impossibilidade de declaração de decaimento ou de revogação das licenças já concedidas, pois já configurado o direito adquirido. Em homenagem ao interesse público superveniente, admite-se a retirada da licença do mundo jurídico mediante expropriação de direitos.

Ao definirmos a licença como marco para constituição de direito no plano do direito urbanístico, estamos a afirmar que tanto as licenças para edificar, quanto as licenças para parcelar o solo estão amparadas pelo direito adquirido. Nesse sentido, caso a Administração queira declarar sem efeito uma licença para parcelamento do solo deverá, do mesmo modo que se passa com as licenças para edificar, usar o procedimento expropriatório acima descrito. Não se pode deixar de afirmar que esse entendimento é um corolário do princípio da segurança jurídica.

Deixou-se para abordar o princípio da segurança jurídica neste momento para que se possa fazer o cotejo entre a posição defendida neste trabalho (direito adquirido constituído a partir da expedição da licença urbanística) e a posição do STF (direito adquirido a partir do início da obra, geralmente conceituado como construção das fundações pelos códigos de obras dos municípios) no que se refere à atividade de parcelamento do solo urbano.

O parcelamento do solo urbano é regido pela Lei Federal nº 6.766/79. Essa norma deixa antever o caráter comutativo da atividade de parcelamento do solo. Com efeito, para dividir uma gleba em lotes deve o proprietário cumprir com diversos ônus urbanísticos. Toda a infra-estrutura básica do loteamento deve ser implantada pelo requerente do parcelamento (equipamentos próprios para escoamento de águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário, redes de abastecimento de água, energia elétrica pública e domiciliar, vias de circulação pavimentada etc.).

A definição do porte dessa infra-estrutura não é aleatória, mas definida de acordo com a densidade populacional da região prevista no plano diretor¹⁸². Logo, o tamanho das vias, a quantidade e qualidade de espaços verdes, a dimensão da rede elétrica etc. deve ser compatível com os parâmetros urbanísticos previstos no plano. Se o plano admite acentuada verticalização para determinada região, deve a Administração exigir que o requerente do parcelamento do solo dote a região com alta infra-estrutura urbanística. Ao reverso, se a área é destinada a residências unifamiliares, não se admitindo a verticalização no local, deve a Administração exigir infra-estrutura modesta.

Imaginemos, agora, que o requerente tenha obtido da Administração licença para parcelar o solo em área considerada de adensamento preferencial pelo plano diretor. Como ali é admitida intensa verticalização das construções, a Administração exige que o empreendedor instale infra-estrutura urbana de porte elevado. No entanto, após o lançamento de toda a infra-estrutura urbana no loteamento, e antes do recebimento do loteamento pela Administração, ocorre alteração do plano diretor, diminuindo os parâmetros urbanísticos para a região. Neste caso, a mudança no ordenamento irá afetar o valor dos futuros lotes.

¹⁸² Neste sentido dispõe o art. 4º, I, da Lei Federal nº 6.766/79: “Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: I – as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situe.”.

Ora, segundo o STF a constituição do direito adquirido se dá como o início da obra. O início da obra por sua vez é considerado pelos municípios como o momento da conclusão das fundações da futura edificação. Denota-se, então, que a jurisprudência do STF não alcança os cidadãos que se encontram na situação acima descrita. Isso porque o início da construção somente é admitido em loteamentos aprovados pela Administração. Como não é devida qualquer indenização pela simples diminuição de parâmetros urbanísticos, pois neste caso o legislador está apenas atuando no exercício regular de conformação do direito de propriedade, pode-se afirmar que a atual posição da jurisprudência do STF viola o princípio da proteção da confiança e segurança jurídica.

As próprias legislações municipais, que adotam como marco de concretização do direito adquirido o protocolo de projeto de construção perante órgãos da Administração, estimulam a insegurança jurídica no que toca à primeira atividade urbanística (parcelamento do solo). Como somente se protocola projeto de construção após a aprovação do loteamento pela Administração, a situação de insegurança é a mesma da situação descrita acima para a jurisprudência do STF.

Esse é mais um fundamento do entendimento por nós defendido (licença urbanística *lato sensu* como marco do direito adquirido). Pois no caso acima narrado, deve a Administração compor, de forma prévia, os prejuízos advindos da mudança no ordenamento jurídico. O ideal é que a própria legislação urbanística estabeleça um prazo de não aplicabilidade das novas regras aos parcelamentos do solo em que as obras do loteamento já estejam concluídas, mas ainda sem a aprovação do poder público municipal. Aliás, essa é uma conclusão *de lege ferenda* deste trabalho.

Feitas essas considerações sobre a insegurança jurídica gerada pelo marco definido pelo STF como próprio para aquisição de direitos na seara do direito urbanístico, é o momento de tratar da inconstitucionalidade dos planos diretores municipais que definem o ‘protocolo’ do pedido de licença para construir como marco para definição do direito adquirido.

A elaboração ou revisão de um plano diretor parte da premissa de que o plano atual não mais se presta para regular a ordenação do solo urbano de forma a garantir a produção de cidades sustentáveis. Detectado esse estado de fato, põe-se a Administração a debater com a sociedade (princípio da participação popular no planejamento urbano) novas regras que adaptem o planejamento à realidade urbanística local. Ora, constatada e demonstrada essa realidade urbana pela Administração, não se

pode admitir que os novos pedidos de licença para edificar sejam analisados com base no plano que já se revelou incoerente.

No direito urbanístico brasileiro disseminou-se uma prática nefasta para os interesses do bom ordenamento territorial. Basta que a Administração divulgue a intenção de revisar seu plano diretor para que haja verdadeira avalanche de pedidos de aprovação de projetos de construção. Essa massa de postulações administrativas decorre do histórico reconhecimento pelas legislações municipais da data do protocolo do pedido de licença para construir como momento constitutivo do direito aos parâmetros urbanísticos do plano diretor que se pretende ver derogado.

Ora, para quem reconhece na Constituição da República a existência de um princípio implícito de planejamento urbano, não pode deixar de concluir pela inconstitucionalidade das leis municipais que definam o momento do protocolo do pedido de licença para construir como marco do direito adquirido.

Não se pode também deixar de reconhecer que o Estatuto da Cidade adota expressamente o princípio do planejamento urbano em seu art. 2º, inciso IV. Logo, tratando-se de norma geral de observância obrigatória pelos municípios, também se pode afirmar que, quando não muito, a configuração do direito adquirido a partir do ‘protocolo do pedido de licença’ viola a norma geral editada pela União, sendo então produtora de uma inconstitucionalidade reflexa.

7. Direito adquirido X tolerância de uso desconforme

Já se disse que para o estudo do direito adquirido no âmbito do direito urbanístico é preciso fazer distinção entre as atividades urbanísticas de parcelamento, ocupação (edificação) e uso do solo urbano, tal como o faz a Constituição em seu art. 30, VIII.

As licenças para parcelamento e edificação extinguem-se com o cumprimento de seu objeto ou com a caducidade (perda do prazo para cumprimento de seu objeto). Geralmente admite-se apenas uma renovação dessas licenças.

Ao reverso, a licença de uso é de renovação constante. As legislações municipais geralmente determinam que o alvará (instrumento da licença) deva ser renovado

anualmente pelo interessado. Essa é uma peculiaridade que o intérprete não pode desconsiderar.

A doutrina faz distinção entre o uso conforme e o uso desconforme para delimitar as fronteiras do tema. O uso conforme é aquele admitido pelos planos urbanísticos. O uso desconforme é aquele contrário ao ordenamento jurídico urbanístico. A questão posta desta forma mostra-se singela. As leis municipais dividem o território em zonas. Para cada zona institui-se um grupo de usos admitidos. Assim, no momento da concessão da licença, a Administração Pública apenas verifica se o uso pretendido enquadra-se na classificação previamente efetuada na lei.

A questão ganha contornos diferenciados quando há mudança legislativa, e o uso que se afigurava conforme o plano urbanístico passa a ser enquadrado como uso desconforme. Surge então a questão de saber se o particular tem direito adquirido à renovação de sua licença após a mudança legislativa.

É certo que nossa Constituição garante o direito à livre iniciativa em seu art. 170, caput. Entretanto, esse direito fica condicionado à observância de restrições infralegais impostas em benefício do interesse público. Assim, quando a Administração impõe restrição ao exercício de determinada atividade em uma dada região do Município, não veda o exercício dessa mesma atividade em outras zonas de seu território. Logo, caso a lei nova não admita determinado uso em uma região, pode o particular deslocar esse mesmo uso para outra área do Município. Como bem salientado por José Afonso da Silva, o uso é mutante, dinâmico, pode ser deslocado facilmente pelo território urbano¹⁸³.

Nesse sentido, não se pode falar em direito adquirido ao uso, pois a mesma atividade pode ser exercida em outra zona do Município. Obviamente deverá a Administração indenizar o proprietário pelos prejuízos decorrentes da medida adotada em nome do interesse coletivo. Nesse ponto, estamos de acordo com José Afonso da Silva.

No entanto, não concordamos com José Afonso da Silva quando afirma que há uma presunção absoluta de que a mudança no zoneamento urbano se deu em favor do interesse coletivo, não comportando qualquer discussão na via judicial ou administrativa¹⁸⁴. Com efeito, qualquer opção urbanística adotada pelo plano diretor

¹⁸³ (SILVA, 2008/301)

¹⁸⁴ (SILVA, 2008/301)

somente se sustenta quando fundamentada tecnicamente. Assim, deve a Administração demonstrar por meio de estudos técnicos que os usos permitidos para uma determinada zona são compatíveis com suas características.

Basta imaginar uma mudança de zoneamento de uso que admita a instalação de indústria altamente poluente ao lado de zona estritamente residencial. Ora, o estatuto da cidade define como diretriz do planejamento urbano a ordenação e controle do uso do solo de modo a evitar a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes (art. 2º, VI, 'b'). Nesse sentido, a alteração do zoneamento na forma exemplificada viola a lei federal, sendo passível de contestação junto ao Poder Judiciário. Não se pode falar, então, em presunção absoluta de compatibilidade das alterações do zoneamento com o interesse coletivo.

A questão da incompatibilidade entre a alteração do uso promovida pela lei de zoneamento resolve-se a partir de um juízo de ilegalidade, ou seja, de inconformidade entre a lei nova e o Estatuto da Cidade (norma geral que deve ser seguida pelo legislador municipal). Aqui não se põe a questão do direito adquirido.

O caráter de periodicidade da renovação da licença de uso também confirma a ausência do direito adquirido ao uso desconforme. Ora, um dos motivos para a exigência da renovação periódica da licença de uso é justamente certificar se a atividade exercida em uma determinada região está em consonância com o ordenamento jurídico local. Em caso negativo, a licença não será renovada.

Quando se detecta na renovação da licença que o uso anteriormente conforme se transformou em um uso desconforme costuma se admitir a continuidade da exploração da atividade empresarial no local. No entanto, com restrições relativas à ampliação física da atividade e sua transferência para terceiros. Trata-se do chamado '*direito de tolerância*' ao uso desconforme previsto no próprio ordenamento jurídico que promoveu a alteração do zoneamento de uso.

Ora, o direito de tolerância é a demonstração cabal da ausência do direito adquirido no âmbito das licenças de uso. Com efeito, a tolerância não se compadece com o regime de direito adquirido. O direito adquirido é o direito integrado ao patrimônio do particular, mas ainda não exercido no momento da alteração legislativa. Logo, pode ser exercido mesmo contra a vontade da Administração Pública. A tolerância ao uso desconforme, com graves limitações de ampliação da atividade, é técnica que evita o pagamento de vultosas indenizações pela Administração em cada

alteração de zoneamento. Nada impede, no entanto, que o Município não faça previsão desse direito em sua lei local, exigindo o fim da atividade após a alteração legislativa, compensando-se o proprietário pelos prejuízos sofridos em benefício do interesse coletivo.

Por essas razões entendemos que não se há falar em direito adquirido à renovação da licença de uso após a mudança do zoneamento urbano.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES

O direito urbanístico brasileiro ainda prima pela escassez de normas gerais que lhe dêem maior sistematização. Há três normas federais que merecem destaque, a saber, a vetusta lei federal de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79), o estatuto da cidade (Lei nº 10.257/2001) e a lei que regulamentou o programa minha casa, minha vida, que trouxe normas sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos (Lei nº 11.977/2009).

Ocorre que nossa Constituição de 1988 trouxe inúmeras novidades no domínio do direito urbanístico. Alguns princípios gerais de direito urbanístico foram introduzidos na Constituição, permitindo que a doutrina buscasse diretamente na Carta Constitucional a solução para questões não reguladas em normas infraconstitucionais. Nesse ponto ganha relevo a teoria da normatividade dos princípios.

As conclusões deste trabalho sobre a forma de incidência do direito intertemporal no âmbito do direito urbanístico fundam-se nesta nova visão constitucional do direito urbanístico. Defendemos a existência de um direito coletivo ao adequado ordenamento do território decorrente diretamente da Constituição. Também advogamos a tese da inclusão do direito de construir como decorrência da garantia do direito fundamental de propriedade urbana funcionalizada.

Os princípios jurídicos, mesmo os implícitos na Constituição, gozam de normatividade máxima, é dizer, produzem, por si, efeitos no mundo do direito. É com suporte nesta nova ordem constitucional, que permitiu à doutrina do direito urbanístico europeu cunhar a expressão '*constituição do urbanismo*', conferindo relevo à inclusão nas constituições modernas de normas urbanísticas, que passamos a lançar as seguintes conclusões:

1. O conceito de direito urbanístico deve ser construído a partir do direito posto (normas constitucionais e infraconstitucionais). Nesse sentido, conceituamos o direito urbanístico como o conjunto sistemático de normas que regulam a ordenação do solo urbano, por meio do planejamento, controle e gestão das operações de parcelamento, ocupação e uso, conformando o direito de

propriedade imobiliária urbana, para concretização do direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

2. Por possuir doutrina, principiologia e sistema normativo próprios o direito urbanístico ganhou autonomia em relação a disciplinas que lhe são mais afins, como, por exemplo, o direito administrativo.
3. O princípio do planejamento urbano encontra-se implícito na Constituição, de modo que todas as ações não planejadas da Administração são potencialmente inconstitucionais. A fórmula NPU (novo parâmetro urbanístico) = IE (infra-estrutura existente) + IL (infra-estrutura licenciada) é um corolário do princípio do planejamento urbano de estatura constitucional. A adoção da data do protocolo do pedido de licença para construir como marco da aquisição do direito adquirido no domínio do direito urbanístico não se adapta à fórmula aqui apresentada. Logo, todas as leis municipais que adotam este marco padecem do vício da inconstitucionalidade.
4. A teoria do conteúdo mínimo do direito de propriedade está albergada no art. 5º, XXII, da Constituição. O direito de construir é uma imanência do direito de propriedade previsto como garantia fundamental. Assim, a licença urbanística se põe como o ato que declara formalmente a existência de um direito fundamental de estatura constitucional.
5. O processo de elaboração ou revisão do plano diretor é bifásico, englobando uma fase administrativa e outra legislativa. A partir do início do processo de discussão do novo plano fica admitida a suspensão dos processos tendentes à concessão de licenças urbanísticas. Essa conclusão tem fundamento no princípio constitucional do planejamento urbano.
6. A ausência de participação popular efetiva na elaboração, revisão ou alteração de planos diretores tisa o novo plano com o vício da inconstitucionalidade, em razão do comando contido no art. 29, XII, da Constituição da República.

7. A Administração, como regra geral, está vinculada às decisões proferidas no âmbito da participação popular no processo de planejamento urbano. Excetuam-se as decisões manifestamente inconstitucionais e as tecnicamente inviáveis sob o ponto de vista estritamente urbanístico.
8. A iniciativa do processo legislativo para elaboração, revisão ou alteração do plano diretor é exclusiva do chefe do Poder Executivo. Essa interpretação decorre da necessidade de ampliação da participação popular na elaboração do plano, além da imbricação existente entre as leis orçamentárias e o processo de planejamento urbano. Decorre, ainda, do reconhecimento do planejamento urbano como matéria intimamente ligada à função administrativa desempenhada prioritariamente pelo Poder Executivo.
9. O legislador pode propor emendas ao projeto de plano diretor. Entretanto, as emendas devem passar pelo crivo da participação popular, além de estar em conformidade com as diretrizes do novo plano. A alteração e revisão pontuais de planos diretores antigos também devem estar em conformidade com as diretrizes do planejamento.
10. Admite-se, no direito urbanístico brasileiro, a suspensão dos processos de licenciamento urbanístico antes da concessão da licença, aos moldes do que ocorre no direito urbanístico europeu com as medidas cautelares de plano. O fundamento para a adoção dessa medida no direito brasileiro decorre da necessidade de preservação do direito de toda a coletividade ao adequado ordenamento do território. O princípio da eficiência também serve de amparo para a suspensão dos processos de licenciamento, na medida em que a suspensão garante a efetividade das normas do futuro plano diretor.
11. A suspensão dos processos de licenciamento deve passar pelos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, a suspensão não pode se eternizar, devendo seu prazo ser compatível com o prazo

de tramitação do processo de elaboração, revisão e alteração dos planos diretores.

12. O STF definiu o início da obra como momento para constituição do direito adquirido no domínio do direito urbanístico (*leading case* RE nº 85.002/SP). O início da obra se presta a determinar o momento de eventual caducidade da licença para edificar expedida regularmente. Além disso, influencia no valor da indenização devida em caso de eventual expropriação da licença para construir concedida. No entanto, não tem o condão de definir o momento de constituição do direito adquirido.
13. As leis municipais que definem o momento da constituição do direito adquirido como sendo a data do protocolo do pedido de licença para construir padecem de vício de inconstitucionalidade, pois violam o princípio do planejamento urbano implícito na Constituição da República. O princípio do planejamento urbano encontra-se explícito no Estatuto da Cidade, de modo que as normas municipais, para além de inconstitucionais, são ilegais por violarem norma geral editada pela União no exercício de sua competência para legislar sobre direito urbanístico.
14. A licença é ato administrativo vinculado, logo irrevogável. Não se há falar em decaimento da licença em razão de mudança operada no regime jurídico urbanístico, pois a partir de sua expedição tem o interessado direito adquirido à conclusão do projeto tal como aprovado. A licença é o momento de aquisição do direito por se tratar de ato que, no curso do processo de licenciamento urbanístico, declara um direito fundamental previsto na Constituição. Os atos subseqüentes, incluindo aí o início da obra, são atos de execução da licença concedida.
15. Para preservação do interesse público pode a Administração Pública expropriar a licença urbanística. Por se tratar de expropriação de direitos, deve a indenização ser calculada e liquidada no mesmo ato em que se retira a licença do mundo jurídico, tal como ocorre no direito urbanístico europeu continental.

16. Defende-se, agora *de lege ferenda*, a necessidade de se instituir um prazo de inaplicabilidade das novas regras urbanísticas aos parcelamentos do solo em que as obras do loteamento já estejam concluídas, mas ainda não recebidas pelo poder público municipal. Neste caso específico, a necessidade de estabilidade da norma antiga decorre da natureza comutativa da atividade de parcelamento do solo. A Administração exige do particular a implantação nos loteamentos de infra-estrutura equivalente aos parâmetros urbanísticos previstos no plano diretor. A entrada em vigor da lei nova sem qualquer ressalva quebra essa equivalência. Daí o fundamento para a nossa proposta.
17. Não há direito adquirido à manutenção de usos que se tornem desconformes com a entrada em vigor da nova lei. A tolerância de uso desconforme inserida em leis urbanísticas locais é antagônica ao regime de estabilidade das relações que preside o instituto do direito adquirido.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo, 5ª edição, Malheiros editores, 2006

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. Coletânea de Legislação Urbanística – Normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária, Belo Horizonte, editora Fórum, 2010.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. Direito Urbanístico Estudos Brasileiros e Internacionais, Belo Horizonte, editora Del Rey, 2006.

ÁLVAREZ, María Pardo. La potestad de planeamiento urbanístico bajo el Estado social, autonômico y democrático de Derecho, Madrid, Editora Marcial Pons, 2005.

AMADO, Miguel Pires. Planejamento Urbano Sustentável, Casal de Cambra/Portugal, 3ª edição, editora Caleidoscópico, 2009.

ANTUNES, Luís Felipe Colaço, Direito Urbanístico – Um outro paradigma: a planificação modesto-situacional, Coimbra, editora Almedina, 2002.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo, 9ª edição, Malheiros editores, 2009.

BASTOS, Celso. Dicionário de Direito Constitucional, São Paulo, editora Saraiva, 1994.

BENÍTEZ, Mariano López; MACHADO, Santiago Muñoz. El Planeamiento Urbanístico, Madrid, 2ª edição, editora Iustel, 2009.

BEZNOS, Clóvis. Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação, Belo Horizonte, editora Fórum, 2006

BUCCI, Maria Paula Dallari. Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001, DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (Coord.), São Paulo, editora Malheiros, 2002.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; FORTINI Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. Processo Administrativo – Comentários à Lei nº 9.784/1999, Belo Horizonte, editora Fórum, 2008.

CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e extinção dos atos administrativos. Revista de Direito Público, São Paulo, v. 53-54

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional, Belo Horizonte, 14ª edição, editora Del Rey, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Direito Administrativo, Salvador, 2ª edição, editora Podivm, 2009.

CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade, Coimbra, editora Almedina, 2001.

- Alguns conceitos de Direito Administrativo, Coimbra, 2ª edição, editora Almedina, 2001.

- As grandes linhas da recente reforma do direito do urbanismo português, Coimbra, editora Almedina, 2000.

- Manual de Direito do Urbanismo, Vol. I, Coimbra, 3ª edição, editora Almedina, 2006.

- Manual de Direito do Urbanismo, Vol. II, Coimbra, editora Almedina, 2010.

- Manual de Direito do Urbanismo, Vol. III, Coimbra, editora Almedina, 2010.

CORREIA, Jorge André Alves. Contratos Urbanísticos, concertação, contratação e neocontratualismo no direito do urbanismo, Coimbra, editora Almedina, 2009.

COSTA, Carlos Magno Miqueri da. Direito Urbanístico Comparado, planejamento urbano, das Constituições aos tribunais luso-brasileiros, Curitiba, Editora Juruá, 2009.

COSTA Nelson Nery, Processo Administrativo e suas Espécies, Rio de Janeiro. 3ª edição, Editora Forense. 2001.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico, São Paulo, Editora Manole, 2004.

ERENBERG, Jean Jacques. Função Social da Propriedade Urbana – Municípios sem plano diretor, São Paulo, editora Letras Jurídicas, 2008.

FERNANDEZ, Antonio Carceller. Instituciones de Derecho Urbanístico. Madrid. 5ª edição, Editorial Montecorvo. 1992.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Manual de Derecho Urbanístico. Madrid. El consultor de los ayuntamientos editora, 21ª edição, 2008.

FERRAZ, Luciano. Segurança Jurídica Positivada: interpretação, decadência e prescritibilidade. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 22, junho, julho, agosto de 2010. Disponível na internet em: www.direitodoestado.com Acesso em: 10 de março de 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Disciplina Urbanística da Propriedade, São Paulo, 2ª edição, Malheiros editores, 2005.

FOLQUE, André. Curso de Direito da Urbanização e da Edificação, Coimbra, Coimbra editora, 2007.

FORTINI, Cristiana. Revista de Direito Municipal. Belo Horizonte: editora Fórum, 1999. Artigo ‘Plano Diretor – Temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade do plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade’, 11º volume da RDM.

GOYTRE, Ricardo Estévez. Manual de Derecho Urbanístico – Doctrina, legislación y jurisprudência. Granada. 7ª edição, Editorial Comares, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro, São Paulo, 14ª edição, editora Saraiva, 2000.

LOPES Tomás Quintana coordenador. El silencio administrativo – Urbanismo y medio ambiente, Valencia, editora tirant lo blanch tratados, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; Direito Constitucional, Tomo II, Belo Horizonte, Editora Mandamentos, 2002.

MARRARA, Thiago; NOHARA, Irene Patrícia. Processo Administrativo Lei nº 9.784/99 comentada, São Paulo, editora Atlas, 2009.

MATTOS, Liana Portilho. Nova Ordem Jurídico-Urbanística – Função social da propriedade na prática dos tribunais, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir, São Paulo, Malheiros editores, 9ª edição, 2005

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros editores, 20ª edição, 2005.

MERKL, Adolfo. , Teoría General Del Derecho Administrativo, Granada: Comares, 2004.

METELLO, Francisco Cabral. Regime Jurídico da Urbanização e da Edificação, Almedina, Coimbra, 2008.

MIRANDA. João. A dinâmica jurídica do planeamento territorial (A alteração, a revisão e a suspensão dos planos), Coimbra, Coimbra editora, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo. 2ª edição, Editora Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Fernanda Paula. Loteamentos Urbanos e Dinâmica das Normas de Planeamento, Coimbra, editora Almedina, 2009.

- Contratos para planeamento, da consagração legal de uma prática, às duvidas práticas do enquadramento legal, Coimbra, editora Almedina, 2009.

- Portugal: território e ordenamento, Coimbra, editora Almedina, 2009.

- Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, Coimbra, editora Almedina, 2008.

PINTO, Victor Carvalho. Direito Urbanístico – Plano diretor e direito de propriedade, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Regime Jurídico das Licenças, São Paulo, Editora Quartier Latin, 2006.

PRESTES, Vanêsa Buzelato; VIZZOTTO, Andrea Teichmann. Direito Urbanístico, Porto Alegre, editora Verbo Jurídico, 2009.

RAMÓN, Fernando López. Introducción Al Derecho Urbanístico, Madrid, 3ª edição, Editora Marcial Pons, 2009.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

SANTOS, J.A. Regime Jurídico da Urbanização e Edificação anotado e comentado, Lisboa, editora Dislivro, 6ª edição, 2007.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista. Licença Urbanística, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

SANTOS FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, editora Lumen Juris, 24ª edição, 2010.

- Comentários ao Estatuto da Cidade, Rio de Janeiro, 2ª edição, editora Lumen Juris, 2006.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade Comentado, organizadora Liana Portilho Mattos, Belo Horizonte, editora Mandamentos, 2002.

SÉGUIN, Elida. Estatuto da Cidade, Rio de Janeiro, editora Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro, São Paulo, editora Malheiros, 5ª edição, 2008.