

Marcos Pinto Correia Gomes

**O PLANO DIRETOR DE
DESENVOLVIMENTO URBANO**
- Após o Estatuto da Cidade -

Rio de Janeiro, 2006

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO – Planejamento Urbano, Direito e Modernidade

Convergências e Paradoxos de uma Época
O Planejamento Urbano no Brasil – Breve Quadro
Planejamento, Plano, Poder Público e Direito
Os Novos Planos Diretores no Início do Século XXI

CAPÍTULO 1 - O Plano Diretor no Ordenamento Jurídico Brasileiro

- 1.1 - Plano Diretor e Direito Urbanístico
- 1.2 – Princípios Jurídicos Aplicáveis ao Plano Diretor
 - 1.2.1 – Princípio da Função Social da Cidade
 - 1.2.2 – Princípio da Função Social da Cidade
 - 1.2.3 – Princípios da Vinculação à Atividade Planejadora e da Participação Popular
 - 1.2.4 – Princípios Aplicáveis ao Planejamento Urbano por ser Atividade da Administração Pública
- 1.3 – O Plano Diretor e as Leis Federais Relacionadas ao Desenvolvimento Urbano
- 1.4 – O Plano Nacional de Ordenamento territorial
- 1.5 – Outras Leis Federais Capazes de Conformar o Aproveitamento dos Espaços Habitáveis
- 1.6 – A Legislação Urbanística Estadual
 - 1.6.1 – A Competência Legislativa Estadual sobre Direito Urbanístico
 - 1.6.2 – A Situação Especial Diante da REgião Metropolitana, Aglomeração Urbana e Microrregião
- 1.7 – O Plano Diretor e a Legislação Municipal
- 1.8 – O Plano Diretor e a Abrangência de Todo o Território Municipal
- 1.9 - A Vinculação Geral ao Plano Diretor
- 1.10 - A Obrigatoriedade do Plano Diretor

CAPÍTULO 2 – Aspectos Formais do Plano Diretor

- 2.1 – A Iniciativa do Projeto de Lei
- 2.2 – Aprovação, Alteração e Revisão do Plano Diretor
- 2.3 – A Participação Popular na Elaboração do Plano Diretor
- 2.4 – Atividades Preliminares para a Elaboração do Plano Diretor

CAPÍTULO 3 – O CONTEÚDO DO PLANO DIRETOR

- 3.1 – Conteúdo Mínimo Segundo o Estatuto da Cidade
- 3.2 – Princípios, Objetivos e Diretrizes
- 3.3 – Temas do Plano Diretor
- 3.4 - Sistemas Territoriais e Macrozoneamento
 - 3.4.1 – Macrozoneamento em Chapecó
 - 3.4.2 – Macrozoneamento em Santo André
 - 3.4.3 – Macrozoneamento em Araxá
 - 3.4.4 – Macrozoneamento em Salvador
 - 3.4.5 – Macrozonemaneto em Olinda
 - 3.4.6 – Macrozoneamento em Macapá
- 3.5 – Instrumentos Urbanísticos e Plano Diretor
 - 3.5.1 – Parcelamento, Edificação, Utilização Compulsórios
 - 3.5.2 – IPTU Progressivo no Tempo
 - 3.5.3 – Desapropriação Mediante Títulos da Dívida Pública
 - 3.5.4 – Do Direito de Superfície
 - 3.5.5 – Do Direito de Preempção
 - 3.5.6 – Da Outorga Onerosa do Direito de Construir
 - 3.5.7 – Da Outorga Onerosa de Uso
 - 3.5.8 – Da Transferência do Direito de Construir
 - 3.5.9 – Da Operação Urbana Consorciada
 - 3.5.10 – Do Estudo de Impacto de Vizinhança
- 3.6 – Ações e Programas no Plano Diretor
 - 3.6.1 – Ações, Programas e a Efetividade do Plano Diretor
 - 3.6.2 - Regularização Urbanística e Titulação para a Posse
- 3.7 – Efeitos da Promulgação do Plano Diretor

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO – PLANEJAMENTO URBANO, DIREITO E MODERNIDADE

CONVERGÊNCIAS E PARADOXOS DE UMA ÉPOCA

O Direito e o urbanismo vigentes organizaram-se sob o signo da modernidade, não só quando os enxergamos como campos do conhecimento, mas também se analisados como fatos sociais.

Não é propósito desta pequena obra dissecar o conjunto de instituições e modos de comportamento estabelecidos inicialmente na Europa, a partir do século XVI, que moldariam o paradigma sociocultural denominado “modernidade”.¹ Ainda assim, algumas considerações gerais precisam ser formuladas para permitir melhor compreensão sobre o momento histórico em curso e, por conseqüência, sobre o papel que o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano é capaz de assumir atualmente. Em verdade, *plano*, *diretor*, *desenvolvimento* e *urbano* são quatro referências importantes para a modernidade, denunciando sua clara filiação.

Os estudiosos do tema, ainda que por ângulos distintos, apontam para a diversidade de elementos que compõem a “Era da Razão” e a capacidade de contradições entre eles. Com ou sem os embates anunciados, são muitas as hipóteses de combinações nesse cenário e na realidade existiriam — como de fato existiram — vários jeitos de ser moderno. Socialismo científico e liberalismo, por exemplo, são típicos frutos da modernidade, da mesma forma que democracia e totalitarismo, se não são concepções genuinamente modernas, podem ser absorvidos dentro de sua lógica.

Um dos traços característicos da modernidade é colocar em primeiro plano a razão, como pressuposto de toda a ação humana, sob o pálio de superar qualquer forma de opressão, especialmente a escassez. O homem senhor do seu destino é o ideal a ser alcançado. Para tanto, é fundamental conhecer as leis universais que regem o mundo, dominá-las e usá-las em favor dos objetivos traçados. Na busca da verdade suprema, a racionalidade torna-se condição básica para a ação humana. O poeta Camões está longe de ser o único a considerar que o maior de todos os prêmios é conhecer a “máquina do mundo”, tratamento concedido a Vasco da Gama, pelos feitos heróicos; o poeta espelhou todo o sentimento de uma época que então nascia.

¹ Em síntese, é dessa forma que Anthony Giddens se refere à modernidade na obra **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002, p. 21.

Embora no próprio seio da modernidade houvesse vários elementos e caminhos possíveis, prevaleceu aquele onde a grande descoberta era compreender a relação de causa e efeito por trás dos fenômenos do mundo real. Convenhamos, isso, por si só, não representou fato inédito, pois desde há muito o homem procura explicar a realidade que o cerca. A novidade maior está na primazia da razão e na intensificação do método comumente empregado para produzir esse saber: gradualmente, afasta-se o empirismo, e até mesmo o senso comum, para valorizar, acima de tudo, a lógica dedutiva, através da qual o homem, com seu raciocínio, é capaz de decompor cada fenômeno. Compreendida então a lei essencial, tudo o mais será explicado. Com o aperfeiçoamento desse método, o homem terá condições de controlar a natureza e construir o futuro que desejar. É inevitável, em um primeiro momento, a observação dos fatos, mas é impróprio que o observador se deixe levar pelas aparências. Friamente, sem qualquer desejo, deve fragmentá-los até descobrir a força motriz, para formular, então, a lógica capaz de explicá-los e, se necessário, reproduzi-los em qualquer instância.

É assim que surgem as grandes explicações sobre o Mundo, largamente aceitas até hoje. Se o darwinismo objetiva explicar a evolução das espécies, o marxismo propõe-se a esclarecer o processo social; ambos recorrem a verdades básicas, trazidas até a sua formulação mais simples (síntese), que, por seu turno, permitem compreender todos os fatos. Por isso, a modernidade é pródiga em metanarrativas, que, a partir da regra nuclear, constroem seus paradigmas e suas classificações, dando conta de abranger toda uma complexa realidade.

Vivida essa experiência ao extremo, o fato se torna absolutamente secundário, tão logo descoberta a lei universal. Se de início paira como um objeto a ser explicado, torna-se mero instrumento para o saber científico ou mera comprovação da descoberta.

Aqui é importante reiterar que, em sua formulação mais completa, a modernidade não se resumia à racionalidade cognitivo-instrumental, típica da ciência, mas foi esta que logrou prevalecer na maior parte dos tempos modernos. Apesar de não ser infensa a outros tipos de racionalidade, como aquela ligada ao campo da ética ou da expressão artística, enfim a toda e qualquer forma de experiência humana, a primazia das atenções esteve voltada para compreender, dominar e transformar a realidade física. As explicações para esse desenlace são variadas e não estão no escopo desta obra iniciada. Basta diagnosticar o quadro com as palavras de Boaventura de Sousa Santos:

“No início do século XIX, a ciência moderna já tinha sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal. Segundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a conseqüente separação entre os poderes secular e religioso só podia ser resolvida por uma nova religião.

Essa religião era a ciência. Foi assim que também a política se transformou num campo social de caráter provisório com soluções insatisfatórias para problemas que só poderiam ser convenientemente resolvidos se fossem convertidos em problemas científicos ou técnicos (...).²

Se já não é aqui a figura do rei filósofo de Platão, trata-se de algo construído a partir disso, diante da diversidade dos saberes: a sociedade (ou o Estado) deve ser guiada(o) por sábios, legitimados pelo conhecimento científico ou técnico, que não é mais produto apenas da experiência e reflexão, mas, sim, capacitado a promover rígido enquadramento formal sobre os fatos, com condições de reproduzi-los ou mesmo transformá-los. O saber perseguido era, predominantemente, de ordem utilitária e funcional, no intuito de dominar e modificar a realidade.

É notória a influência do espírito do capitalismo sobre o projeto de modernidade até aqui dominante. Fique bem claro que modernidade e capitalismo não são a mesma coisa, nem um é a expressão do outro em campos distintos. No entanto, nasceram em épocas próximas e coabitam por muito tempo as mesmas quadras da História; mutuamente se influenciam, não só porque são plásticos, mas também porque comungam de perspectivas até certo ponto semelhantes. Não bastasse isso, carregam claramente a proposta de ruptura com o passado e até mesmo com o presente, o que os torna livres para assumir compromissos, por vezes, ocasionais.

Com efeito, a modernidade pretende desligar o homem do seu passado, um período, para muitos, cheio de opressão ou, na melhor das hipóteses, com muitas carências e imperfeições. De olho no porvir, relega-se ao presente um papel eminentemente instrumental, de transformação. Disso resultam a descontinuidade com as culturas e os modos de vida pré-modernos, bem como o marcante dinamismo. São nítidas as soluções de continuidade, sobretudo para quem traçou uma marcha linear para o progresso, até porque há aceitação da transitoriedade das formas sociais para se construir a realidade plena. A busca da verdade absoluta nem sempre vai se contentar com as leis universais já descobertas, promovendo-se um processo de permanente questionamento e desfazimento de certezas, que duram até a próxima descoberta.³ Ainda assim, há a criação de identidades claras, que se pretendem duráveis ou mesmo imutáveis (nação, profissão, classe no processo produtivo — trabalhador e burguesia — etc.), e instituições fortes (Estado soberano, academias científicas etc.). É paradoxal a modernidade.

O capitalismo apresenta também forte potencial transformador. Sua vertiginosa dinâmica é motivada principalmente pela lógica da competitividade. A busca do lucro, a transformação progressiva de bens em mercadoria — passível

² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 51.

³ GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991, p. 11 - 60.

de aquisição —, a pressão por circulação e comunicação, o estímulo ao consumo como hábito, as novas descobertas tecnológicas e a ausência de obrigações sociais ou pessoais, salvo na base da livre relação contratual, tornam realmente tudo muito instável, para não dizer volúvel. Corrosivo, destrutivo, desagregador e revolucionário são alguns dos adjetivos associados ao sistema capitalista que modificou a economia — e até hoje segue modificando —, derrubou regimes políticos e alterou os valores e as estruturas sociais. Antes mesmo desses resultados se concretizarem, o capitalismo já transformara profundamente a realidade urbana, especialmente com a Revolução Industrial. No Manifesto Comunista, Marx e Engels cunharam a frase mais célebre para diagnosticar essa onda cáustica: “tudo o que é sólido desmancha no ar”.

O Direito não surge com a Era Moderna, mas sua plasticidade o fez moldar-se às necessidades do período. Até mesmo para legitimar-se como ordem social, precisou vestir-se com o fardão da ciência, apresentando-se à sociedade como sistema de ordem lógica, com regras claras e certas quanto a aplicação. Valorizou-se a racionalidade cognitivo-instrumental e buscou-se a estabilidade onde e quando ela fosse desejável.

Em qualquer tempo, as normas jurídicas impostas e exigíveis pelo Poder Público abrangem a ação humana naquilo que se julga importante disciplinar de modo interveniente, onde o fazer ou deixar de fazer não pode ficar a cargo da autonomia das vontades — autonomia essa que muitas vezes só existe no plano formal. Dito de outra forma, as normas jurídicas tocarão mais diretamente os interesses que precisam ser resguardados contra todos os demais. Mesmo nas épocas e situações em que é menor o dirigismo da sociedade pelas normas jurídicas, isso certamente representa uma opção de ordem, porque, nessas condições, há uma esfera maior de liberdade aos indivíduos na conformação da relação jurídica. Vale insistir aqui que essa liberdade é mais formal do que material, mais retórica do que prática, pois o quadro de desigualdade social define quase sempre as efetivas oportunidades de uma pessoa.

Não se faz aqui, porém, a sustentação de o Mundo ser um campo livre, uma folha de papel em branco, para dar forma a qualquer idéia pura. Os interesses distintos, por vezes antagônicos, se influenciam e agem sobre um mesmo espaço limitado, já marcados e (parcialmente) condicionados pela História. Isso propicia várias dialéticas e impede a conformação da realidade como produto de uma lógica pura, totalitária, portadora de uma única visão de mundo. A ordem verificada é composta a partir da ponderação das forças capazes de alcançar algum grau de materialidade na arena do tempo-espaço, mas certamente nos últimos duzentos anos as forças principais no Ocidente foram a modernidade e o sistema capitalista.

Até no embate que vem desde a Antiguidade entre Direito Natural e Direito Positivo — nem sempre tais nomes foram empregados —, passa a ser necessário que ambas as correntes se vistam com a racionalidade, ao mesmo

tempo em que se deixam influenciar pelos valores do sistema capitalista ou reagem a eles.

Para os jusnaturalistas de então, os valores supremos, existentes desde o estado de natureza e que normalmente se quer conservar com a formação do Estado, hão de ser buscados por meio da razão humana. É ela quem intervém sobre a natureza das coisas para revelar a essência do homem e os direitos nucleares — enfim, as verdades básicas — e é a partir dela que se vai construir o sistema de normas de proteção. “A ênfase na natureza e na razão humanas, e não mais na origem divina, é um dos marcos da Idade Moderna e base de uma nova cultura laica, consolidada a partir do século XVII”.⁴ Não é por coincidência que entre os bens a preservar estejam, com destaque, a liberdade e a propriedade, condições estruturantes da sociedade capitalista. Como a natureza das coisas é imutável, o Direito Natural apresenta-se como uma proposta universal e eterna.

Para o juspositivistas, a produção de normas não ecoa de um estado de natureza: é produto de uma vontade cujo titular variará com o tempo (rei ou povo, por exemplo); mas, com o avanço da modernidade, será comum condicionar a legitimidade das normas postas à comprovação de sua racionalidade; a inobservância de tal pressuposto autorizaria a desobediência civil. Por isso, é necessário sistematizar desde a produção do Direito até a estrutura do ordenamento jurídico. A validade de uma norma mais específica deve ser avaliada à luz de um processo de elaboração que melhor assegure o primado da razão e a distância das paixões. Além disso, o comando posto precisa observar um fundamento de validade mais básico, que durante a Era Moderna passaria a ser a Constituição. Percebe-se facilmente que a titulação do Estado como única fonte produtora de normas casa-se muito bem com a idéia. É na construção e aperfeiçoamento desse sistema que se concentrará boa parte das atenções dos juristas modernos. Ainda que o termo “positivismo jurídico” deite suas raízes em função do Direito Positivo, e não venha diretamente da filosofia positivista, o fato é que desde a modernidade se associou também ao prisma vigente no campo das idéias humanistas, com algumas variáveis. Uma de suas vertentes mais marcantes foi a adoção do método da ciência jurídica, com base na teoria da interpretação mecanicista, onde a tarefa básica do aplicador da lei seria encaixar o fato na legislação aplicável.⁵

Na maior parte das manifestações jusnaturalistas e juspositivistas dos séculos XIX e XX, sempre houve um juízo de valor implícito, um viés ideológico no

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo** In *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20 - 21.

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 133. Uma rápida e esclarecedora abordagem sobre o positivismo jurídico é feita por Luís Roberto Barroso em **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo**; edição citada, p. 22 - 27.

mínimo latente, mas o que predomina na maioria dos discursos é a tentativa de verter o Direito em ciência portadora de um saber universal, capaz de ordenar e/ou transformar a sociedade e de conduzi-la ao progresso. A elaboração de grandes Códigos, como o célebre Código Civil de Napoleão, é a metanarrativa moderna na área jurídica e serve para comprovar a filiação do Direito dos séculos XIX e XX ao clube científico.

Nesse processo, surge a dogmática jurídica tradicional onde lei, direito e razão são trabalhados para ser uma coisa só. Como observa Luís Roberto Barroso, há uma “incisão profunda” entre a Ciência do Direito, concebida para funcionar como o “domínio asséptico da segurança jurídica”, e a “reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade”. Mais que as formulações legais, o que se deseja é a criação de um sistema seguro e previsível de aplicação de normas jurídicas.⁶

Para quem se mantém fiel à idéia de que o Direito reflete o momento histórico, é possível enxergar sua evolução em razão do momento político, social e econômico vivido por cada Estado. A passagem de um Estado Liberal para um Estado Social faz o Direito Estatal assumir nova face. Mesmo sendo certo que ela varia de acordo com a realidade específica, é possível, em linhas gerais, ver o Estado do Bem-Estar regulando relações sociais de modo interveniente, se pensarmos em termos do ideal liberal; a intenção era diminuir as desigualdades ou pelo menos conter os excessos que ocasionavam riscos para o próprio sistema. Surge, assim, o Direito do Trabalho, por exemplo, delimitando a liberdade do contratante; ao mesmo tempo, o Estado passa a assumir diretamente deveres sociais para suprir os déficits deixados pelas relações sociais que não seriam assumidas pelo lado mais favorecido do processo socioeconômico. Na divisão da fatura, há uma missão social a ser cumprida, e o Estado se mobiliza para resolver uma série de assuntos, como habitação, previdência etc. Sucede que uma coisa é conter o Estado, proibir seus excessos, outra é o Estado ter que se movimentar para cuidar das novas demandas que vão surgindo.

A mutação do Estado e do Direito estatal no século XX traz consigo efeitos que merecem destaque para a análise aqui empreendida. O dinamismo das sociedades capitalistas naquele século e o papel central que o Estado assume promovem uma reviravolta no Direito moderno, concebido para ser estável e conferir estabilidade às relações sociais. Isso seria mais factível diante de um Direito voltado para conter os excessos estatais, com o escopo de garantir a liberdade individual. A crescente atuação estatal nos processos econômicos e sociais confere complexidade e demanda a especificação de regras e medidas para cada “questão social”, já que não se mexerá radicalmente nos fundamentos do sistema capitalista. Por isso o “direito abstracto, formal e universal, recua perante o direito contextualizado, particularista e circunstancial”.⁷ As grandes

⁶ As citações entre aspas remetem-se ao mesmo texto de Luís Roberto Barroso, há pouco citado, p. 12.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente**, edição citada, p. 152.

regras gerais se desmembram para reger assuntos mais específicos, para dar conta de cada peculiaridade. Os ramos do Direito vão se multiplicando.

Com o passar do tempo, em certas áreas mais complexas, a própria legitimidade das normas jurídicas dependerá de sua comprovada racionalidade instrumental; logo, para promover-se a regulação jurídica, será necessário demonstrar conhecimento qualificado. Nesse contexto, há uma transferência gradual, para que alguns assuntos sejam objeto de normas elaboradas por órgãos públicos especializados no tema e, até mesmo em relação aos setores sociais e econômicos mais dinâmicos, trabalha-se com amplos poderes discricionários para que a partir de reconhecida qualificação se possa manipular normas e fatos, através de “uma legalidade negociada, uma legalidade efêmera e intersticial onde o dualismo norma/facto desaparece quase completamente”.⁸

Por outro lado, as relações sociais são colonizadas pelo Direito, moldadas por ele, tornando-se desautorizadas certas condutas socialmente praticadas, que não se encaixam no comando legal, muitas vezes portador de um pressuposto teórico dissociado da realidade.

Como se verá mais adiante, a tudo isso assistimos no Direito Urbanístico e no debate sobre os papéis do planejamento urbano e da gestão urbana.

Se o Direito foi convertido para se adequar à modernidade (e aos interesses da burguesia), o urbanismo se constrói mais claramente como uma resposta à crise da sociedade urbana moderna.

Com a afirmação acima, manifesto minha filiação àqueles que entendem ser o urbanismo, em sua essência, um fenômeno da modernidade. Sem dúvida que desde há muito o homem planejava cidades — a planta em tabuleiro remonta há séculos —, mas o termo “urbanismo”, criado por sinal no início do século XX, designa mais do que isso. Nele se contêm as idéias de planejamento contínuo e sistemático, com perspectiva transformadora. O caráter reflexivo e crítico, a perspectiva transformadora, o monitoramento constante e até mesmo a pretensão científica, atributos do conhecimento produzido na modernidade, marcam também esse campo do saber, ainda que seja discutível sua autonomia como ciência.⁹

A existência de formas de gestão e até de planos para o espaço urbano é incontestável em passado mais remoto, mas essas práticas, na pré-modernidade, centravam-se no conhecimento empírico. A diferença é expressiva e, a meu ver, estrutural, pois durante aquela longa época houve mais claramente a coleção de experiências que orientavam a criação de novas cidades ou pequenas correções das já existentes.

⁸ Idem.

⁹ CHOAY, Françoise. **O Urbanismo**. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 49. A mesma obra serve de esteio para a convicção de o urbanismo ser atividade típica da modernidade.

Mais importante ainda é que tudo isso ocorria sem o esforço de correlacionar os fatos em torno de conhecimento sistêmico e sem a intenção de organizar atividade ordinária destinada a alcance tão amplo - transformar e gerir toda uma cidade. Com efeito, não há indícios de que fosse tentada a compreensão orgânica acerca dos fenômenos ocorridos nas urbes até a era moderna chegar. Embora houvesse em tudo um forte domínio do simbolismo da cidade, e até mesmo um fio-condutor fosse perceptível no crescimento de alguns núcleos urbanos,¹⁰ fruto do empirismo, do bom-senso, da coerência e da intuição, não estava arraigado o método dedutivo, que parte da concepção teórica, sistemática, para a comprovação prática; a par disso, a atividade planejadora não era contínua e cotidiana. Por isso, apesar de certa dose de polêmica, não é raro encontrar designações como “pré-urbanismo” ou “urbanismo empírico” para registrar práticas anteriores ao século XX.

O tradicionalismo apontado por Weber nos auxilia a imaginar o porquê disso, como também a razão para não se formular propostas de grandes transformações urbanas. Afinal, antes da ascensão do capitalismo, reinava o desejo de viver do modo habitual e ganhar o necessário para tanto.¹¹ “Os inconvenientes do ambiente pré-industrial eram entendidos como um destino inelutável; existiam desde tempos imemoráveis e pareciam – pelo menos no horizonte de cada geração – substancialmente imutáveis”, informa-nos Benévolo¹² Mas essa acomodação é inconciliável com a modernidade e com o capitalismo.

A crise a que responde o urbanismo é decorrente das transformações urbanas verificadas com a Revolução Industrial. Além das pressões da classe operária por condições melhores, gerando ameaças políticas, verificava-se que a falta de controle urbano prejudicava a circulação de bens e pessoas, fator essencial para a expansão econômica que o sistema requeria. As dificuldades para o escoamento da produção cada vez maior das fábricas é um ponto visível dessa deficiência. A liberdade conferida aos proprietários do solo começou a ser questionada por dentro da própria ótica capitalista.

Já no início do século XIX, alguns governos europeus passaram a intervir na gestão de estradas e promoveram a construção de novas, com o foco estratégico de beneficiar o desenvolvimento econômico.

Por seu turno, a precariedade das condições sanitárias facilitou a propagação de doenças, em escala nunca vista, graças também ao adensamento e ao grande deslocamento de pessoas na época; a partir de 1830 ocorreram epidemias fortíssimas de cólera na Europa, o que acabou entrando para a História

¹⁰ Lewis Mumford, em sua obra clássica, descortina uma série de situações desse tipo ao longo da História, sem receio de classificar, como urbanismo, experiências anteriores à modernidade (**A Cidade na História**. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

¹¹ In **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 53.

¹² In **As Origens da Urbanística Moderna**. Lisboa: Presença, 1990, p. 43.

como um divisor de águas quanto ao Estado assumir efetivamente a vigília sobre o espaço urbano.

Normas voltadas para assegurar que as edificações não comprometessem a higiene foram elaboradas, e essa legislação, eminentemente sanitária voltada para o espaço urbano, é vista como o precedente direto da moderna legislação urbanística.¹³ Comissões governamentais foram montadas para diagnosticarem mazelas e definirem as providências cabíveis para combatê-las. Novas formas de controle surgiram, enquanto ocorriam algumas intervenções urbanas drásticas.

Seria ingenuidade não enxergar a verdadeira “higiene social” promovida nesse contexto, com o escopo de segregar lugares e redefinir as funções do espaço urbano, o qual, na dinâmica do capitalismo, vive em permanente modificação. Ademais, era necessário desfazer o ajuntamento das classes perigosas, revolucionárias.

O tom inicialmente repressivo da legislação e da ação pública, bem como o viés sanitário, gradualmente cede a vez para uma nova compreensão: haveria, em verdade, uma questão urbana a ser enfrentada em conjunto, a demandar conhecimento técnico e visão orgânica do fenômeno urbano.

Nesse processo de formação do urbanismo ocorre um corte destacado por autores distintos, como Manuel Castells, Françoise Choay, Leonardo Benévolo e Christian Topalov. A questão urbana adquire autonomia de tal forma que será dissociada, para espanto deles, da questão social ou, em última análise, da sociedade capitalista. É como se o fenômeno urbano fosse algo compreensível (e tratável) à parte de todo o sistema socioeconômico vigente, a demandar um campo próprio do saber.

O que ocorre no final do século XIX e início do século XX - e vai se desenvolver por boa parte deste - é sintomático.

Topalov nota que, de um modo geral, a partir de 1890, a questão social se fragmenta em problemas mais específicos, ao mesmo tempo em que a visão sobre as classes perigosas deixa de encarar os trabalhadores em bloco. Consequentemente, o sistema socioeconômico e a própria divisão de classes alcançaram certa sublimação, com o destaque de temas mais evidentes e imediatos como o alcoolismo, a tuberculose, o desemprego, a moradia, o urbanismo, entre outros; cada um desses devia, então, ser objeto de uma especialidade profissional devidamente amparada pela técnica ou ciência correspondente.¹⁴

¹³ BENEVOLO, Leonardo. **As Origens da Urbanística Moderna**, edição citada, p. 94.

¹⁴ *In Da questão social aos problemas urbanos: os reformadores e a população das metrópoles em princípios do Século XX In Cidade, Povo e Nação – Gênese do Urbanismo Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 33 - 34.

Mais ácida é a afirmação de que a “questão urbana” é um produto ideológico voltado para confundir e capaz de mascarar a luta de classes, naturalizando as contradições sociais ou apresentando-as como problemas típicos da cidade. O enfoque generalizante dado pelos estudiosos visaria associar os problemas sociais a uma questão cultural desenvolvida em razão da forma de organização do espaço, criando-se o mito da cultura urbana.¹⁵

Mesmo os que não adotam visão tão crítica sobre o uso ideológico do urbanismo hão de concordar que ele surge inicialmente com uma face repressiva e logo se ajusta ao contexto de Reforma Social e do positivismo científico, sem se contrapor à essência do sistema socioeconômico.

Em resumo muito breve, gestado a partir do século XIX, o urbanismo estruturou-se, foi batizado e utilizado em larga escala no século XX. Ideologicamente, apresentava-se como resposta ao que Choay trata como “pseudodesordem da cidade industrial”, construindo projetos a partir de reflexões decorrentes do imaginário.¹⁶ Na maior parte do século XX - pelo menos até a década de 70 - predominou a perspectiva totalizante, capaz de tratar e conduzir todo o fenômeno urbano, legitimada por um discurso científico, nos moldes do projeto de modernidade.

Com olhos no passado ou no futuro, havia uma cidade ideal, racionalmente formulada, a ser construída no mundo real, por meio dos especialistas desse ramo do conhecimento. As correntes mais diversas do urbanismo enfrentaram e propuseram-se a resolver a “questão urbana”, com soluções técnicas bem diversas, mas quase sempre através de um planejamento rígido e pouco aberto às contingências ou ao acaso. Certamente o urbanismo modernista, que teve em Le Corbusier seu pontífice, é o mais emblemático quanto aos propósitos da modernidade, mas não foi o único a banhar-se nessa fonte.

A fundamentação na técnica e na ciência retira das vistas mais incautas a face política do urbanismo, varrida para debaixo do tapete chamado positivismo. Fruto de uma sociedade altamente contraditória em sua essência, a cidade do século XX não chegou, até meados dos anos 60, a ser objeto de debate político: já teria problemas demais para resolver...; e assim até a concepção de que cidade era desejável passou a ser um trabalho para especialistas.

A despolitização do urbanismo é um mito que não resiste à pergunta de Marcelo Lopes de Souza: “se o próprio conhecimento teórico, se as próprias análise e interpretação não podem se colocar “a salvo” de valores e valorações, como esperar isso de saberes diretamente comprometidos com a ação, como os princípios e técnicas do planejamento e gestão (urbanas)?”¹⁷ Um saber, ainda

¹⁵ CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 537 - 538.

¹⁶ *In O Urbanismo*, edição citada, p. 7.

¹⁷ *In Mudar a Cidade*. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2002, p. 84.

mais quando voltado para a ação/transformação, jamais será neutro, seja motivado pela conservação, reforma ou subversão da estrutura social.

Nesse cenário, norma e espaço físico prosseguem aliados, mas em novas bases.

O urbanismo e as normas jurídicas produzidas durante boa parte do século XX pretenderam aprisionar a dinâmica das cidades em grandes sistemas teóricos, que seriam empregados na prática através do planejamento urbano. Um exemplo manifesto disso é o zoneamento urbano modernista, que pregava a divisão do solo urbano em zonas, cada qual responsável por uma atividade específica (habitação, comércio, serviços etc.), como numa linha de montagem industrial; desconsiderava-se assim toda a experiência urbana até aquela época e perseguia-se um sistema lógico inspirado e fascinado pela indústria, referência para a idéia de progresso. Eis aí o método dedutivo cartesiano empregado em sua plenitude: a máquina era boa e funcionava como motor do progresso, logo a cidade tinha que ser pensada como uma máquina.

Associando esse contexto ao ideal de segurança jurídica, a lei então deve previamente definir tudo o que pode e o que não pode ocorrer sobre o solo urbano. Se o homem é capaz de criar grandes quadros sistemáticos que compreendem tudo e se o ideal jurídico é produzir certezas sobre a ação humana, nada melhor do que a lei já estabelecer as formas de parcelamento, uso e ocupação para o solo urbano, impondo os procedimentos e parâmetros aplicáveis para todas as hipóteses. Essa seria uma legislação moderna e tanto melhor se pudesse se apresentar apta a propiciar tratamento idêntico a qualquer pessoa, mesmo se aplicada em uma sociedade extremamente desigual.

É importante afirmar que nem todos os pensamentos sobre o desenvolvimento urbano foram convergentes com a linha do determinismo tecnocrático. Ao longo do século XX, vozes propagaram a defesa de um urbanismo mais aberto, receptivo às contingências, a ser construído, em parte, pela própria sociedade. E não se pode sequer dizer que isso ocorreu como reação pontual à modernidade. Repita-se: esse modo de ser é marcado por contradições internas, pois seus elementos estruturais são conflitantes; por isso mesmo, é possível dividir a modernidade em fases, nas quais ora prevalecem alguns vetores, ora outros.

A suposta primazia do planejamento rígido, dos projetos concebidos em gabinetes, deve ser vista com cautela. As linhas mais radicais não chegaram ser implantadas de modo massificado, até porque era raro dispor das mesmas condições históricas oferecidas a Hausman em Paris, a Robert Moses em Nova Iorque ou a Pereira Passos no Rio de Janeiro, no tocante a remodelar uma grande área urbana. Entretanto, muitos empreendimentos (conjuntos habitacionais, reurbanizações etc.) e muitas normas jurídicas foram elaborados sob forte influência dessas perspectivas.

Pior foi o efeito para os países do capitalismo tardio, pois o discurso técnico-científico e a idéia de progresso uniforme da modernidade e da própria universalidade do saber fazem do urbanismo europeu um produto de exportação capaz de trazer — e até acelerar — a evolução aos “países subdesenvolvidos”, se o modelo for fielmente seguido. Com isso se rompe com as tradições locais em ritmo acelerado, onde qualquer argüição é combatida como obstáculo ao progresso e à modernização.

Em escala mundial, é possível atribuir aos célebres anos 60, com toda sua inquietação, o início de uma guinada. É representativa a repercussão do livro “Morte e Vida das Grandes Cidades” de Jane Jacobs, cuja primeira edição é do ano de 1961. Há ali uma oposição ferrenha contra o urbanismo praticado. O urbanismo precisava se alimentar muito mais de observações sobre a realidade do que de formulações teóricas e retóricas. Para baixar ainda mais o nível de tecnocracia que ameaçava as cidades, era fundamental estimular a diversidade, e isso passava por abrir portas e janelas para o florescimento de idéias e oportunidades extra-oficiais.

Para muitos, a ebulição dos anos 60 deflagra ou mesmo confirma um novo momento histórico, que na falta de outro nome se denominou de “pós-modernidade”, e é vivida até hoje. Embora haja também o entendimento de estar em curso a superação do paradigma moderno, é muito corrente a visão de que, em verdade, organiza-se novo arranjo de forças dentro da modernidade.

Essa nova etapa parte da compreensão de que o efêmero e a descontinuidade caracterizam a vida terrestre. Põe-se em descrédito a ordenação prévia e meticulosa, bem como a intenção de conhecer e, mais ainda, de dominar, de modo pleno, a natureza. As metanarrativas, os paradigmas, as classificações e os sistemas rígidos são todos falhos e, portanto, fadados ao fracasso. Levada ao extremo essa visão, as idéias de progresso, desenvolvimento, processo, planejamento, caras ao projeto de modernidade predominante, ficam, na melhor das hipóteses, sob suspeição. Passa-se do domínio da metrópole como totalidade, projetada de “forma fechada”, à visão do processo urbano como algo incontrolável e caótico, no qual a anarquia e o acaso podem “jogar” em situações inteiramente “abertas”, como observa David Harvey.¹⁸

Com efeito, o que vale é a pluralidade de informações e tudo o que se pretenda promover deve estar aberto às influências e novidades. Impossível não tecer um paralelo entre esse modo de ser (e de agir) e as profundas mudanças ocorridas no último quarto do século XX.

Em uma série de campos verificou-se a insurreição contra o totalitarismo da modernidade dominante, caracterizada pela tentativa de aprisionar os fatos em conceitos e de dar-lhes a legitimidade apenas diante da sua adequação científica.

¹⁸ In **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004, p. 49.

Além disso, o processo econômico se revela cada vez mais fragmentado, passando-se da rigidez e da completude do taylorismo e do fordismo a modos de produção e de acumulação mais flexíveis.¹⁹ Sejam ou não marxistas, a fragmentação da produção econômica faz-se acompanhar de perto por um processo intenso de fragmentação social e de abalo das instituições julgadas estáveis.

É comum considerar que a organização da sociedade não está mais tão determinada pela associação entre tempo e espaço, compreendidos e vividos em função da realidade social, econômica e cultural da comunidade local. Em face do grande avanço na tecnologia de informações e da expansão global do capitalismo, ou pelo menos das grandes empresas, hoje boa parte das relações humanas se constrói em sistema de redes internacionais. Na visão de uma rede produtiva, cada localidade tem função muito específica e tudo o que é indiferente a essa produção é irrelevante aos propósitos do comando operacional. Este se situa em uma localidade do planeta e comanda os demais pontos filiados, conforme o tempo necessário para produção e circulação de bens: ambas as tarefas devem ser cada vez mais rápidas no capitalismo competitivo. Tudo isso tende a ocorrer, até certo ponto, independentemente do tempo cultural vivido em cada localidade em que se instala um dos pontos da rede, os quais são mais solidários com o comando produtivo do que com o comando sociopolítico da comunidade local.

O quadro acima descrito, ao mesmo tempo em que denuncia processo (parcial) de alienação local, demonstra as condições de instabilidade, sobretudo se lembrarmos que o sistema produtivo capitalista movimenta-se de acordo com a lógica da maior eficiência da produção. Essa seletividade está cada vez mais dinâmica e muitas vezes “desliga” um ponto da rede, de um momento para o outro.

Pela desconfiança quanto a qualquer outro modelo de crescimento econômico, assistimos à intensa competição entre as cidades, inclusive as brasileiras, para fazer parte da “cadeia global”, situação que tende a produzir poucos benefícios horizontais.

Diante do presente momento histórico, é possível perguntar-se: qual o papel do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano? A indagação está longe de ser despropositada. O método e a prática do planejamento típicos da modernidade são intensamente questionados, ainda mais no caso do planejamento urbano cuja pretensão é organizar de modo sistemático uma extensa e heterogênea área territorial sem se ater ao funcionamento individualizado de cada rede. Além disso, parte-se da perspectiva de construir o futuro, o porvir, através de um fio condutor lógico e previamente concebido, traçado a partir do presente; enquanto isso a sensação atual é a de que só o presente vivido importa e não haveria como se projetar o amanhã. A “compressão

¹⁹ Idem, p. 115 - 184.

tempo-espço”, característica da condição pós-moderna,²⁰ é fruto da ênfase no espaço mínimo - e fisicamente descontínuo - e da valorização do agora. Tudo isso colide frontalmente com o prisma responsável pela concepção do planejamento urbano. No estágio atual, os agentes deveriam, sim, conhecer intensamente a realidade que os cerca, mas ao mesmo tempo não se prenderiam a idéias e esquemas preconcebidos. Prima-se pela liberdade necessária para reagir às novidades e inovações, de modo a tirar proveito delas o mais rápido possível. Por isso se fala na volatilidade dos dias em curso.

Para agravar o quadro, o Poder Público anda desacreditado quanto ao papel de condutor de transformações sociais e até mesmo como portador da razão em última instância. Há ainda a sensação de que a localidade perde sua capacidade de autodeterminação perante a globalização. Não bastasse tudo isso, particularmente em relação ao Plano Diretor, há também uma história desfavorável de muito poucas realizações, que pode ser observada pela inusitada e inaceitável situação de termos um Brasil urbano onde aproximadamente metade da população possui habitação precária e irregular. Esse quadro não resulta exclusivamente da falta de planejamento, ao contrário da idéia comum, mas serve para revelar o dissenso entre plano e realidade.

O PLANEJAMENTO URBANO NO BRASIL – BREVE QUADRO

É senso corrente que a colonização portuguesa não primou por planos rígidos para construção de cidades. Isto é, inexistia ordem preconcebida determinante para orientar a ocupação urbana: o urbanismo português seria mesmo mais fluido, receptivo às circunstâncias de cada localidade, livre para jogar com elas, o que não significou uma completa espontaneidade, mas, sim, menor rigidez apriorística.²¹ Não se pode perder de vista que, muito influenciada ainda pelo conhecimento empírico, a Coroa Portuguesa ditava regras, nem sempre seguidas, é verdade, para a instituição de novas cidades na colônia brasileira.

Mesmo sem a pretensão de expor cronologia detalhada do urbanismo ou do planejamento urbano no Brasil, cabe situar entre o final do século XIX e início do XX o período em que mais claramente se verificaram as primeiras idéias quanto ao tema, ao menos em sua vertente moderna. Convém aos propósitos

²⁰ A compressão tempo-espço é imagem utilizada por David Harvey para sintetizar a face mais marcante da condição pós-moderna (*In A Condição Pós-Moderna*, edição citada, p. 257 - 276)

²¹ Paulo Santos em seu notável estudo **Formação das Cidades no Brasil Colonial** afirma que “a cidade não obedecia rigidamente a um plano prévio, mas nem por isso se pode dizer que tudo seguisse a esmo”; logo a seguir considera que, em vez do método dedutivo das cidades planejadas, era corrente o uso do método indutivo, partindo do particular para o geral (Rio de Janeiro: UFRJ, 2001, p. 22). O autor ao longo da obra, revela que era usual o uso de plantas prévias. Inevitável lembrar aqui da obra **Raízes do Brasil** de Sérgio Buarque de Holanda, onde o tema é destacado, comparando-se a experiência espanhola, de legislação abundante e de formas urbanas rigorosas e premeditadas, e a portuguesa, que de um modo geral “renunciou a trazer normas imperativas e absolutas”, espírito esse observado também na construção de cidades (Rio de Janeiro: José Olympio, 1991, p. 61 - 66).

deste trabalho, muito rapidamente, diagnosticar as condições que levaram a esse florescimento.

Nas últimas décadas do século XIX, associavam-se o aumento de pessoas livres no país e a brutal concentração de terras, quadro propício para o despejamento de homens do campo nas cidades - fato intensificado a cada nova crise do café. A proclamação da república, fortemente influenciada pelo positivismo, exigia um Estado melhor aparelhado para conservar a unidade territorial, agora sob nova forma de governo (república) e de Estado (federalismo). Além disso, a todos se exigia o esforço para o progresso, objetivo estampado na bandeira brasileira. A estrutura econômica e social não foi profundamente modificada, e o Brasil continuou sendo um país fundamentalmente rural; todavia, pelos motivos acima, observou-se tímida migração para as cidades. A par do despreparo delas, colocadas em segundo plano diante das atenções e esforços voltados para o setor agrário, era ainda mais difícil uma solução verdadeira diante da profunda injustiça do sistema social e econômico. As primeiras grandes “mazelas urbanas” são identificadas nas formas de favelas e cortiços.

Como registra Flávio Villaça, em notável trabalho, no último quarto do século XIX adquiriram certa constância os debates sobre melhoramentos da cidade do Rio de Janeiro e, um pouco menos, em São Paulo.²² Os planos elaborados tinham a perspectiva do embelezamento, com o objetivo de gerar espaços ordenados e belos; as idéias de funcionalidade e mais ainda de higiene facilitavam tal assimilação e emprestavam certa legitimidade ao discurso. Os êxitos são diferenciados, alguns obtiveram maior efetividade do que outros, mas, especialmente na capital federal, já se verificava, na virada do século, o planejamento urbano como atividade rotineira e importante para a Administração Pública, ocasionando debates e contestações.

Os planos de então reuniam grandes projetos de intervenção urbana e mesmo as palavras de ordem utilizadas (higiene, racionalidade, modernização etc.) não ocultavam a presença dos interesses imobiliários; por vezes eram até professados abertamente. Para bem compreender o período, Villaça ressalta a hegemonia inabalável da classe dominante até os primeiros anos do século XX. Isso explicaria a eficiência do “Bota-abaixo” de Pereira Passos, marco maior do período, sem que a retirada de moradores pobres do centro da capital fosse combatida de modo intenso. Dali para frente, com a evolução política, social e econômica, ocorreria um lento processo de enfraquecimento daquela hegemonia; esse fato se deve ao surgimento da consciência popular urbana, fruto principalmente da organização da classe operária, e teve efeitos claros sobre o desenvolvimento urbano.

É inevitável ligar o processo nacional com o avanço do positivismo científico e com o germinar do urbanismo moderno no exterior, especialmente no

²² *In Uma Contribuição para a História do Planejamento Urbano no Brasil In O Processo de Urbanização no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004.

começo do século XX. Tudo isso leva à modificação da visão e (do discurso) sobre cidade, com manifesta repercussão no planejamento urbano. Passa-se da “cidade bela” para a “cidade eficiente”.²³ Esta é, sobretudo, um lugar de produção de riquezas, e não só imobiliárias. É fundamental, então, ordenar toda a cidade, organizando suas partes e seus sistemas de modo racional, rumo ao progresso, o que torna o plano e o planejamento ainda mais necessários.

Obras de infra-estrutura cada vez mais freqüentes permitiram a produção e reprodução do capital de uma ascendente burguesia urbano-industrial. A estrutura social brasileira fez-se mais complexa, com várias forças disputando o poder. O domínio da burguesia urbana se definiu, mas ela não possuiria a mesma tranquilidade da aristocracia rural do final do século XIX. Nesse cenário, as dificuldades verificadas eram normalmente tratadas como “problemas urbanos”, fruto da falta de planejamento adequado, e logo o planejar entraria na ordem do dia. Foi, sob certos aspectos, o mesmo discurso da Reforma Social que correu o mundo, mas que no Brasil ensejou poucas realizações.

No período de transição entre uma fase e outra já se construía a figura do urbanista. Com efeito, na década de 20 foi emblemática, em vários aspectos, a contratação de Alfredo Agache, urbanistas francês, para elaborar plano urbanístico para o Rio de Janeiro. Dali em diante, a abordagem assumiria marcadamente postura científica e visão totalizante. Enfrentavam-se no papel “as causas urbanas” dos “problemas urbanos”, em especial as carências relacionadas à infra-estrutura; intervenções eram previstas, em certos períodos mais do que outros, mas ações efetivas para melhorar a vida a população mais pobre eram mínimas.

Foi nesse contexto que surgiu, em nosso país, o que chamamos hoje de “Plano Diretor”, ainda que os nomes, os enfoques, as metodologias e as abordagens tenham variado de modo significativo. A par de suas peculiaridades, o Plano Agache, apresentado em 1930, é visto por Villaça como precursor, ao adotar a perspectiva de abranger de uma só vez as várias questões urbanas, a partir dos objetivos desejados.

Ao final da década de 40, exatamente aquela em que a urbanização brasileira se acelerou, já era expressiva a utilização do nome Plano Diretor e da idéia de planificação urbana. Tornaram-se imperativos o levantamento de dados e o caráter científico da análise e a abordagem de todos os fenômenos urbanos. Muitos viam no zoneamento o instrumento fundamental, e em boa parte dos casos a inspiração provinha do urbanismo moderno, com sua rigidez teórica. Também era comum remeter-se ao Plano Diretor a ordenação das intervenções públicas necessárias. Descabe aqui unificar o pensamento de toda uma época a partir da posição mais marcante, mas sem dúvida é muito ilustrativa a consideração abaixo, tecida em meados do século XX:

²³ As expressões entre aspas são utilizadas por Villaça, na obra citada, p. 199.

“Atravéz do Plano Diretor assim concebido, substituiríamos o crescimento caótico de nossas cidades por uma expansão controlada por indivíduos conscientes dos fins a serem atingidos e dos efeitos buscados(...). Tudo seria cientificamente modelado, inclusive a paisagem. Obter-se-iam, assim, organismos humanos onde seria grato viver”.²⁴

Do ponto de vista da formalização, era corrente a idéia de que o Plano Diretor seria elaborado por órgãos públicos de planejamento e sua implementação se complementaria por leis e atos posteriores.

A partir da década de 1960, os planos urbanísticos locais voltados para toda a cidade apresentam-se em quantidade mais expressiva e normalmente são traduzidos diretamente em lei formal. Em certos casos, sob essa nomenclatura abriga-se algo mais próximo a um Código de Urbanismo, reunindo normas de parcelamento, uso e ocupação do solo.²⁵ Em outros, já se desenha mais nitidamente o papel de disciplinamento inicial sobre os aspectos urbanos, a depender de outras normas complementares.²⁶ Normalmente incorporam o zoneamento e contêm disposições sobre o sistema viário. Como destaca Villaça, para as grandes metrópoles brasileiras são elaborados os Planos Diretores de Desenvolvimento Integrado (PDDI), orientando não só a organização do espaço físico, mas também os desenvolvimentos social e econômico local.

Importa registrar que o Plano Diretor de Curitiba, feito na década de 1960, ao trazer o zoneamento municipal, já atribuía ao Conselho de Zoneamento a competência para decidir sobre o tratamento dos novos usos criados, e mais do que isso, para apreciar (e resolver) casos onde se revelasse a inadequação dos parâmetros, o que revela clara consciência sobre a incapacidade de tudo antever.

Já ganhava consistência pelo Mundo o questionamento dos paradigmas da modernidade, mas tal influência é rara em atividades ligadas ao Estado brasileiro, controlado pela ditadura militar, que buscava legitimar-se com o discurso de modernização das estruturas estatais brasileiras e o - conseqüente - desenvolvimento econômico. Conciliavam-se, portanto, repressão política e burocracia com respaldo técnico.

O forte viés tecnocrático no caso do desenvolvimento urbano era personificado pelo Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU), que colocava para os Municípios, como condição para obtenção do financiamento

²⁴ PAIVA, Edvaldo Pereira. **Características de um Plano Diretor**, (Boletim de Departamento das Prefeituras Municipais nº 13 e 14), 1949, p. 9

²⁵ É por exemplo o caso do Plano Diretor de Porto Alegre estabelecido pela Lei Municipal nº 2.330/61, conquanto ali não se tratasse do parcelamento do solo.

²⁶ Como referências, mencionem-se os Planos Diretores de Curitiba (Lei Municipal nº2828/66) e de Pelotas (Lei Municipal nº 1.672/68).

federal, a absorção da lógica vigente em Brasília;²⁷ por vezes isso levava à exigência de elaboração de um Plano Diretor. É o momento maior da modernidade no planejamento urbano no Brasil. A preocupação principal se voltava para elaboração de modelos e padronizações compatíveis com a realidade brasileira e a ênfase era a racionalização dos custos de urbanização, objetivando maior eficiência econômica. Diagnósticos extensos, levantamento de dados quantitativos, proliferação de índices para medir as necessidades e as qualidades urbanas eram a tônica. Anos mais tarde uma personagem importante já naquela época, refletindo sobre suas atividades nos anos 70, confessa que viveu, como outros, a “síndrome do planejamento”.²⁸

No decorrer da década de 1970, os Planos Urbanísticos continuam oscilando, sem ter face única; enquanto alguns se mantêm na abordagem macromunicipal, com a absorção do desenvolvimento social e econômico, outros se apegam ao aspecto físico-territorial e em alguns casos são um verdadeiro Código de Urbanismo.²⁹ Mas normalmente prevalece o discurso eminentemente técnico. Com efeito, Planos Diretores com apuro formal e metodologia complexa eram elaborados até mesmo em Municípios de cinco mil habitantes, como no caso de Gaspar, em Santa Catarina.³⁰ Não se perca de vista, porém, que muitos dos Municípios brasileiros não tinham qualquer plano formal. Como se nota, ter ou não ter Plano Diretor não foi o fator determinante para o bom desenvolvimento urbano.

Os problemas urbanos mais do que nunca foram atribuídos ao crescimento acelerado das cidades em descompasso com o crescimento das riquezas nacionais, agravados pela insuficiência do planejamento. Na versão oficial, descartaram-se os elementos inerentes à história brasileira (concentração fundiária, longevidade da escravidão, patrimonialismo, coronelismo etc.) e tudo transparece como um desacerto com o padrão de desenvolvimento dos países ricos, produto, entre outras coisas, do nosso atraso científico; há, enfim, o “modelo único” para o progresso. Não havia industrialização que pudesse ser tão rápida quanto o crescimento demográfico de nossos grandes centros urbanos; em última análise, a culpa parecia ser da migração e mais especificamente dos migrantes

²⁷ No artigo **O Plano Diretor e o Governo dos Municípios**, Alexandre Santos e Tereza Cristina Baratta revelam que o “SERFHAU funcionou para reproduzir, no nível municipal, a ideologia tecnocrática consolidada pelos governos militares”, a fim de que o Município entrasse na era da modernidade a partir da absorção dos instrumentos de planejamento (Revista de Administração Municipal nº194). Ver também Estatuto da Cidade - Guia para Implementação pelos Municípios e Cidadãos. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001, p.40.

²⁸ Refiro-me à Maria Adélia Aparecida de Souza, coordenadora da elaboração da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, peça integrante do Plano Nacional de Desenvolvimento para o período de 1974-1979; a confissão se encontra no artigo **O II PND e a Política Urbana Brasileira: Uma Contradição Evidente**, *In O Processo de Urbanização no Brasil*. São Paulo: EDUSP, 2004.

²⁹ Ver, por exemplo, a Lei Municipal de Maricá nº 37/77, que se autodenominou como Plano Diretor.

³⁰ Sua elaboração foi objeto de publicação, cuja referência é: Rio de Janeiro: CEPLAN, 1975

apressados; nesse jogo de espelhos, se havia déficit, era sobretudo de crescimento econômico, mas também de rigor científico e técnico.³¹

Além disso, vivenciou-se aí a gradual decomposição da cidade em questões mais específicas, como os problemas de trânsito, de habitação, de infraestrutura, e tudo haveria de se resolver com uma palavra mágica para a mente moderna: planejamento, a ser aperfeiçoado pela evolução do conhecimento científico. Se o planejamento é o método, o sujeito claramente forjado para dar conta das transformações é o Estado de Providência brasileiro. É ele que responderá a essas necessidades sociais, “efeitos colaterais” da liberdade de mercado para os “menos capacitados”. A estrutura socioeconômica não entra em jogo, fazendo-se esquecer que mesmo parte significativa das pessoas formalmente empregadas não consegue obter remuneração capaz de prover as condições básicas de existência, em especial para a moradia digna, inalcançável para parcela expressiva da população brasileira sem intervenção do governo no mercado ou mesmo sem planos habitacionais para as camadas mais pobres.

Flávio Villaça, com a concordância de Ermínia Maricato, identifica que, de 1930 em diante, o planejamento urbano e os respectivos planos normalmente não encontram correspondência na prática, ou seja, não são executados. Vigora o “plano-discurso”.³² Creio que a referência possa ser estendida a boa parte das normas jurídicas voltadas para a transformação social: muitas vezes eram “normas-discurso”, de um precário ou mesmo inexistente Estado do bem-estar social brasileiro. São as normas programáticas que durante um bom tempo foram apresentadas como determinações legais sem eficácia concreta.

As iniciativas públicas, em verdade, continuariam a beneficiar as classes dominantes, mas isso quase nunca é revelado pela leitura dos planos ou das normas, mesmo diante da significativa variação que eles tiveram.

Tudo isso propicia a sensação de ineficácia do Direito, mas, como revela Boaventura de Sousa Santos, a verdadeira crise não está, em última análise, no Direito: está, sim, na formulação política do Estado de Providência, o qual deveria dar sustentação àquelas normas; todavia, ele não consegue aprofundar seu papel, e em países periféricos, como o Brasil, no máximo são esboçados. Ainda que os propagadores desse ideal possam ter sido bem intencionados, do ponto de vista histórico, o Estado de Bem-Estar Social retirou do

³¹ Em **A Questão Urbana**, Castells desmonta mais esse mito, ao demonstrar a assimetria gerada pela economia capitalista, na qual os países periféricos têm papel subordinado no processo da expansão econômica, sem disporem do mesmo espaço para crescimento econômico; de um modo geral, as condições históricas e sociais são distintas no ponto de partida e isso se faz notar até mesmo entre os países “desenvolvidos”, que não tiveram processos tão semelhantes entre si; consequentemente tanto mais diferente há de ser nos países do chamado “capitalismo tardio” (p. 81 - 106).

³² In **Uma Contribuição para a História do Planejamento Urbano no Brasil**, edição citada, p. 183.

setor privado a responsabilidade pela gravidade do quadro social, sem conseguir dar solução definitiva para os problemas existentes.³³

A insurgência dos movimentos sociais no final dos anos setenta, construídos mais na consciência prática do que em bases teóricas e sem pretensões de explicar o mundo, confere ao cenário coletivo a pluralidade de vozes, além de reforçar o caminho da redemocratização do país. Os anos 80 ficam como momento de transição também para o planejamento urbano, onde já se intensificam experiências de participação popular.³⁴ Neste cenário ressurge o ideal de Reforma Urbana, termo cunhado no início da década de 1960; em torno dele reúnem-se importantes movimentos sociais, bem como intelectuais, integrados no escopo de reorientar o processo de urbanização em prol da redução das desigualdades sociais e da democratização da gestão das cidades. Tudo isso constrói novo contexto que se manifesta na Constituição de 1988, ainda que boa parte das propostas dos movimentos sociais não tenha assento no texto definitivo sobre a política urbana.

Como se verá mais à frente, a elaboração do Plano Diretor passou a ser ordem constitucional para o Município brasileiro cuja cidade possua mais de 20.000 habitantes. De igual sorte, a participação de associações configura-se condição para o planejamento municipal, que, por sua vez, se afirma juridicamente como fonte das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano. Há, portanto, a abertura para politizar a elaboração do instrumento fundamental do desenvolvimento urbano. A história brasileira revela que algumas experiências de planejamento participativo precedem à Carta Republicana, mas é a partir dela que a situação se torna institucionalizada em caráter nacional. Não há dúvida que a ampliação da arena de discussão revela a compreensão de não estarmos a tratar de mera peça técnica.

Nem todos os Municípios seguiram à risca o mandamento constitucional, que por sinal não previu prazo para a obrigação assinalada, nem a sanção correspondente ao descumprimento.³⁵

Não bastassem as dificuldades inerentes à construção de novas práticas e, em última análise, de uma nova realidade, outros obstáculos se apresentaram. O enfraquecimento dos movimentos populares na última década do século passado é flagrante. Em parte isso se explica por fator que prejudica a própria atividade de planejamento público como um todo: o fortalecimento do

³³ In **A Crítica da Razão Indolente**, edição citada, p. 160 - 161

³⁴ É o que registra o artigo de Linda M. Gondim, intitulado **Dilemas da Participação Comunitária**, publicado na Revista de Administração Municipal nº196, p. 6 - 17.

³⁵ Na Pesquisa de Informações Básicas Municipais de 2001 do IBGE, cujas informações são colhidas com as autoridades locais, um terço dos Municípios com mais de 20.000 habitantes responderam não ter Plano Diretor. Sem contar com a possibilidade de respostas enganosas, chamando-se de Plano Diretor outras leis urbanísticas, até mesmo por desconhecimento de causa, muitos dos que responderam afirmativamente tinham planos feitos nas décadas sessenta ou setenta, o que também não é adequado, em face da mutabilidade urbana.

discurso de globalização, que predispõe o local ao global, o público ao privado e a solidariedade ao sucesso individual; a par disso, a nova fase do capitalismo estimula regras claras apenas onde ainda sejam necessárias para retorno dos investimentos cada vez mais altos, deixando as demais decisões à liberdade do mercado, o que também assegura maior retorno aos investidores, reforçando a visão de Milton Santos de que a mais-valia global é o motor único da vida econômica e social do Planeta.³⁶ Evidente a hostilidade desse ambiente ao planejamento urbano, especialmente àquele voltado para a transformação social.

Mesmo assim, muitos Municípios lançaram-se à empreitada. A diversidade é significativa e isso pode ser sentido até pelos números. Há planos que chegam à casa das centenas de artigos e outros que mal ultrapassam a primeira dezena.³⁷ Para permitir visão panorâmica, é dado arriscar um resumo geral e, de modo mais ou menos variável, identificam-se: uma parte proporcionalmente significativa de princípios, objetivos, diretrizes e ações, sem no entanto ser comum a fixação de prazos e prioridades mais claras; a especificação dos instrumentos a serem utilizados, quase sempre dependentes de normas complementares; alusão, por vezes tímida, à participação popular no processo de planejamento, sendo usual a criação de Conselho Municipal em caráter predominantemente consultivo/indicativo; em alguns casos, identificam-se as macrozonas e até as zonas urbanas; verifica-se também, em certos Municípios, a previsão de elaboração de planos locais, correspondentes a unidades territoriais de planejamento mais específico, com normas próprias para parcelamento, uso e ocupação do solo.

Desde os anos oitenta e especialmente após a Carta Constitucional de 1988, é observada a utilização de alguns instrumentos novos no Direito brasileiro como o solo criado (outorga onerosa do direito de construir), o estudo de impacto de vizinhança, a operação urbana consorciada e as zonas de especial interesse social. Muitos Municípios, diante do novo Plano Diretor ou não, atualizam suas leis de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano.

Todavia, esse “abundante aparato regulatório”,³⁸ na prática continua sem alcançar boa parte da população. Pesquisas distintas revelam que nas grandes cidades cerca de 50% da população habita áreas irregulares, o que quase sempre é sinônimo de urbanização precária e mau atendimento - ou mesmo completo abandono - pelos serviços públicos. Para além da questão

³⁶ *In Por uma Outra Globalização*. São Paulo: Record, 2001, p. 29 - 31.

³⁷ Para o primeiro grupo, citem-se os exemplos do Plano Diretor do Rio de Janeiro (Lei Complementar nº 16/92) e de Florianópolis (Lei Complementar nº 01/97); Para o segundo, os exemplos ficam por conta de Londrina (Lei Municipal nº 7.482/98), Cubatão (Lei Municipal nº 2365/96) e, acima de todos, Ponta Grossa (Lei Municipal nº 4839/92), com apenas 10 artigos.

³⁸ A expressão é colhida em *As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias*, de Ermínia Maricato, *in A Cidade do Pensamento Único: Desmanchando Consensos*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 124. A leitura é mais do que indicada para compreender esse divórcio entre teoria, legislação e prática.

formal-jurídica que já representa, por si só, limitada inclusão social e segregação, há um quadro ainda mais perverso, de reprodução da pobreza e miséria.

Na realidade, sob a égide da legislação urbanística detalhada e de padrões sofisticados, campeia a ilegalidade, reunindo no mesmo balaio precariedade material e incertezas jurídicas. Esse “efeito colateral”, decerto não chega a ser totalmente indesejável ao sistema: é bastante prestativo para a acumulação de capital, pois além de potencializar a renda fundiária, encarecendo o valor dos imóveis legais, presta luxuoso auxílio na manutenção dos baixos custos da reprodução de mão-de-obra, que, de alguma forma, sobrevive com poucos salários.

Apesar dos avanços, a aura do “plano-discurso” ainda está presente. Normalmente as ações ou instrumentos mais significativos dependem de implantação futura, muitas vezes de lei específica. O Plano Diretor aponta prioridades política e socialmente corretas, jogando para satisfazer a platéia, enquanto na maior parte das vezes os investimentos e esforços públicos continuam drenados para poucos lugares. É bem verdade que iniciativas louváveis foram postas em prática por alguns Municípios, como no campo da regularização urbanística, mas dentro do panorama geral a situação urbana se agravou no final do século XX.

Em 10 de julho de 2001, foi promulgado o Estatuto da Cidade, na forma da Lei Federal nº 10.257, cuja tramitação no Congresso durou onze anos, para enfim submergirem as diretrizes nacionais sobre o desenvolvimento urbano. Além das estabelecer premissas e objetivos à ação pública, dispõe sobre alguns instrumentos jurídicos, criados por ele ou não, e avança sobre a gestão democrática da cidade. Seu conteúdo será destacado mais à frente, quando tratarmos da elaboração do Plano Diretor.

Por ora impõe-se apenas consignar que o Estatuto da Cidade fixou para os Municípios com mais de 20.000 habitantes o prazo para elaboração do Plano Diretor até outubro de 2006, sob pena de improbidade administrativa do Prefeito Municipal.

PLANEJAMENTO, PLANO, PODER PÚBLICO E DIREITO

O homem, animal racional, desde sempre se utilizou de algum modo do planejamento. Disso dá provas a antiga adoção da planta em tabuleiro de muitas cidades, cujos primeiros registros antecedem à Antiguidade Clássica. Por pressuposto, há de se concordar com a idéia de que a “planificação é uma atividade que existe desde os primórdios dos tempos, não sendo possível

assinalar a época do seu início”.³⁹ Como não poderia deixar de ser, sua utilização evoluiu para acompanhar as transformações da História.

O planejamento, qualquer que seja seu objeto, consiste na tentativa de racionalizar o processo de intervenção do homem sobre uma dada realidade, de modo a construir o resultado final desejado. Se de início há apenas a vontade (objetivo genérico), é necessário o exame da realidade (diagnóstico), a fim de auxiliar na definição de objetivos mais específicos e, especialmente, permitir a concepção do processo transformador, coordenando-se ações e instrumentos necessários para a intervenção humana (estratégia).

O plano, em visão mais ampla, é onde sistematicamente se reúnem, em um dado momento, todos esses elementos (diagnóstico, objetivo e estratégia), sendo mais tradicional, porém, associá-lo ao conjunto de decisões operacionais (estratégia). Qualquer que seja a visão, o plano é identificado como produto do planejamento. O estabelecimento de metas (resultados quantitativos parciais) é indicado como parâmetro para acompanhar-se o acerto das ações organizadas, servindo como índice para medir o grau de êxito. O desdobramento em etapas é absolutamente normal, especialmente nos planos de maior duração. Em apreço à reflexividade, o acompanhamento sistemático da execução (monitoramento) revela-se altamente recomendável e costuma estar associado à boa planificação.

Fique bem claro: planejamento e plano não são produtos com a marca da modernidade. A contribuição da modernidade está em popularizar o planejamento nas mais distintas áreas e na adoção do uso sistemático e exclusivo da razão, sem aceitar-se qualquer fundamento desprovido de base científica.

O Poder Público, sendo expressão da sociedade e composto por homens, relaciona-se com o planejamento de acordo com a lógica vigente. Em última análise, trata-se aqui de uma ferramenta praticamente forçosa sob a ótica da modernidade para quem deseje ou precise agir. É certo que o emprego em maior ou menor escala do planejamento estatal tem a ver com a extensão do papel transformador do Estado, especialmente em sua atuação sobre o processo socioeconômico.

Todavia, não basta planejar, é preciso dar às decisões contidas no plano a devida execução. Se o papel do Estado é promover mudanças na sociedade, deverá ele recorrer à capacidade de coerção que lhe é característica (coercibilidade), sempre que legítimo e desejável. Apoiado ou não na capacidade de utilizar a força física para fazer valer o interesse público, ao Estado de Direito cabe observar o princípio da legalidade, segundo o qual a ação estatal limita-se à previsão legal, contendo-se assim o ímpeto arbitrário do agente público. Por isso mesmo, as pessoas da sociedade civil apenas serão obrigadas a fazer ou deixar

³⁹ CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 168.

de fazer alguma coisa em virtude de lei, a qual, na célebre visão de Rousseau, representa a própria vontade coletiva.

Sendo assim, o dever-ser contido no planejamento estatal precisa revestir-se em forma de lei, de modo a tornar exigível sua observância pela sociedade civil. A ordem urbana desejada só pode ser alcançada com a intervenção do Direito, haja vista o fato de não podermos acreditar na adesão espontânea de todos os homens aos planos traçados; por melhor que eles sejam, a heteronomia é uma necessidade, diante da multiplicidade dos interesses que andam pelo mundo e até mesmo por uma cidade.

Cumpra aqui fazer uso da lição de Eros Grau, ao discorrer sobre a adoção do planejamento pelo Estado:

“(...) as ações consumadas pelo setor público não são mais definidas com apoio exclusivo em indícios disponíveis no momento de sua decisão, projetando-as os órgãos incumbidos da elaboração do planejamento a partir dos dados sistematicamente coletados, em vista de desenvolvimentos a seu respeito previstos.”⁴⁰

O planejamento urbano torna-se então, por força constitucional, claramente o processo contínuo e sistemático de que nos fala Dauraci de Senna Oliveira.⁴¹ E tudo isso se reforça no Estatuto da Cidade que, sob certa visão, pode até ser redundante ao falar do “processo de planejamento municipal”, no qual inclui o Plano Diretor (art. 40, § 1º), mas teve o mérito de não deixar dúvida quanto à constância da atividade planejadora. Notadamente, não é só a elaboração/revisão periódica do Plano Diretor que trará à baila a planificação, porque nessas tarefas não se esgota o desenvolvimento urbano.

É importante aqui identificar que o planejamento, como o praticamos, tem também suas bases no método dedutivo de matriz cartesiana. Logo, deve partir das formulações mais universais para as mais específicas, dando a “idéia de que a planificação se realiza segundo um processo de concretização progressiva”.⁴² Ainda que a afirmação mereça ressalvas, como muito bem o faz seu professor, o fato é que o Plano Diretor é mesmo a peça urbanística mais ampla, concebida para orientar todo o desenvolvimento urbano e o Direito Urbanístico local; precisa, todavia, ser complementado por outras normas, quer por planos mais específicos (talvez até projetos ou programas) ou por regras mais detalhadas sobre parcelamento, uso e ocupação do solo.

OS NOVOS PLANOS DIRETORES NO INÍCIO DO SÉCULO XXI

⁴⁰ *In Planejamento Econômico e Regra Jurídica*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, p. 12 - 13.

⁴¹ *In Planejamento Municipal*. Rio de Janeiro: IBAM, 1991, p. 23

⁴² CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**, edição citada, p. 192.

Estamos assistindo a uma nova geração de Planos Diretores. Mais que proceder à análise retrospectiva - o fato de o processo estar em curso não recomenda mesmo essa tentativa -, a intenção aqui é colaborar com o desenvolvimento da etapa corrente com algumas reflexões. Antes de comentar a formalização e o conteúdo que os Planos Diretores possam ter, é importante compreender o tempo presente e olhar as idéias em curso, trazendo à baila aquilo que a experiência revela, para realizarmos a melhor escolha. Por mais que a modernidade e a pós-modernidade flertem com a ruptura histórica, é um equívoco evidente desprezar as lições do passado.

As idéias mais fluentes hoje em dia são aquelas adequadas à globalização. Como alguns dos seus críticos já fizeram notar, se o termo globalização dá idéia de homogeneização em todo o planeta, a realidade é que essa promessa não ocorre nem se destina a ocorrer em plenitude, até mesmo em face das limitações e concentrações dos investimentos.

Enquanto certos espaços da produção, da circulação e do consumo conseguem ser providos da última tecnologia para permitir a ação do grande capital, cabendo-lhe a adjetivação de “espaços racionais”, a maior parte da mesma localidade acaba em segundo plano, inclusive quanto aos investimentos públicos, como analisa Milton Santos, ao afirmar que se a cidade já criara os seus excluídos e os seus irracionais, o processo de globalização acelera essa tendência; assim, “ao mesmo tempo há uma demanda de produtividade por atores privilegiados e uma produção de irracionalidade para a maior parte”.⁴³

Como o mesmo autor faz observar, os novos objetos custam caro e o Poder Público é convocado a implementá-los em nome da modernidade e das necessidades de globalização da economia, processo benéfico a poucos. Tudo isso resulta na ampliação da escassez para a maioria da população.⁴⁴

Uma descrição elucidativa sobre o momento que vivemos se vê nas seguintes palavras:

“As políticas econômicas liberais em uso converteram essa dimensão da globalização em uma desculpa para justificar políticas fundadas em medidas de desregulamentação dos custos sociais e ambientais. Contudo, a competitividade, baseada na diminuição dos custos do trabalho das empresas (salários e impostos), é uma medida conjuntural que leva à progressiva deterioração do capital humano e do capital natural, sem obter melhorias estruturais de competitividade, uma vez que confunde a economia de empresa com a economia política (...)

⁴³ In **A Natureza do Espaço**. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 307.

⁴⁴ Idem, p. 308.

As propostas territoriais produzidas nas últimas décadas de política neoliberal foram concebidas com essa mentalidade quanto ao futuro da globalização e baseiam-se, geralmente, no desenvolvimento de uma grande infra-estrutura e em operações urbanísticas voltadas para atividades econômicas de alto valor agregado. Enquanto isso, a coesão (emprego, integração social, direitos cidadãos etc.) nas zonas carentes das cidades e a sustentabilidade ambiental (local e global) não foram abordadas como objetivos estratégicos, ficando apenas como políticas de acompanhamento para atender os casos mais graves de exclusão e degradação ambiental”.⁴⁵

Para engrossar o séquito de fiéis dessa procissão, apresenta-se a idéia de que diante do mundo urbanizado e do enfraquecimento do Estado-nação, as cidades passam a ser protagonistas da História. A alta precisão do capitalismo atual, sem admitir desperdícios de investimentos, faz concentrar as causas e os efeitos benéficos dos grandes empreendimentos. A seletividade econômica da ordem capitalista, apontada entre outros por Weber, é cada vez mais efetiva.⁴⁶ Para quem acredita poder se beneficiar com a globalização - e algumas pessoas efetivamente podem -, é preciso aderir já. Para quem não acredita, muitas vezes vale a lógica: já que não podem vencê-la, juntem-se as cidades a ela. E assim os espaços urbanos e o próprio Poder Público local compõem um “exército de reserva de lugares”,⁴⁷ dispostos a quase tudo. O fantasma do esvaziamento econômico em geral paira sob as cidades, sendo a desindustrialização apenas uma de suas espécies. Entre os meios de competição se manifesta a criação de imagens urbanas espetaculares.⁴⁸ Para reforçar então essa capacidade é muito forte a idéia de “city marketing” e da apresentação da cidade como muito bem resolvida, sem grandes conflitos internos.

Todavia, não pode passar despercebido que, diante das constantes inovações tecnológicas, da rapidez do capital de giro e da ascendência do capital financeiro, não é difícil que um determinado local, apesar de altos investimentos, seja considerado obsoleto em curto espaço de tempo. Por isso mesmo precisa constantemente mobilizar recursos, cada vez maiores, para corresponder às cobranças.

Esse raciocínio vai ao encontro e aprofunda o fenômeno que Peter Hall identifica em curso na década de 1970: “a cidade do empreendimento”. A síntese dessa visão é que as cidades são “máquinas de produzir riquezas”, e logo o

⁴⁵ GOYTRE, Felix Arias. **Concertações e Operações Urbanas: A Experiência Espanhola**, *In Cidades em Transformação: Entre o Plano e o Mercado*. Rio de Janeiro: Observatório Imobiliário e de Políticas do Solo, 2001, p.112.

⁴⁶ *In A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, edição citada, p. 48. A seletividade espacial do capital é também enfatizada em várias passagens de Milton Santos (*In A Natureza do Espaço*, como, por exemplo, na p. 243).

⁴⁷ Expressão cunhada por R. Walker e mencionada por Milton Santos, *In A Natureza do Espaço*, edição citada, p. 248.

⁴⁸ A observação é de David Harvey, *In A Condição Pós-Moderna*, edição citada, p. 92.

planejamento não deve controlar o crescimento, mas sim incentivá-lo.⁴⁹ Em vez de impor restrições ao setor produtivo, deveria escutá-lo e, no mais das vezes, viabilizá-lo.

Tudo isso tende a colocar as vozes discordantes contra a parede. Já que o clima é de competição acirrada, a única posição socialmente correta é a união de todos em prol do coletivo. Não há sequer tempo a perder, diante do dinamismo existente. Há uma verdadeira “fabricação de consensos em torno do crescimento a qualquer preço”, como adverte Otília Arantes⁵⁰.

É preciso estar atento. Até que ponto cada Município brasileiro pode converter a tendência excludente da globalização de modo a gerar benefícios à coletividade? Só assim me parece que ele possa ser realmente protagonista da história e não mero figurante. Se apenas uma pequena parte de seus habitantes se locupleta, ainda que os índices abstratos melhorem (renda per capita, aumento do PIB etc.), certamente isso não representa qualquer vitória municipal: é tão-somente o êxito de um diminuto grupo de habitantes, enquanto a maioria da população, que não faz parte da rede mundial, continuará na sub-habitação. Como são cada vez mais vultosos os investimentos para dotar o espaço de tecnologia de ponta, indispensável para o capitalismo global, a participação de recursos públicos nesse circuito superior tende a agravar o fosso e a ampliar a “não cidade” de que nos fala Ermínia Maricato.⁵¹

Os tantos problemas apontados convergem para uma questão vital: qual é o papel (a função) da cidade? Em uma visão marxista seria principalmente o local de reprodução da força de trabalho, mais generoso numa sociedade socialista do que na capitalista. Na ótica liberal é mais um local de produção de riquezas (e também um bem econômico), que por tabela poderá trazer o progresso social. Descartando-se ou não esses primas, e ficando apenas com a percepção humanista, a cidade é um local de convivência intensa, de realização do homem, que influencia o processo social e ajuda a construir valores.

O descompromisso do grande capital torna aconselhável a busca de alternativas endógenas mais compromissadas com a realidade local, baseadas em vínculos de solidariedade e emancipação, mas é certo que as escolhas dependem das condições postas no plano concreto ou daquelas que possam ser construídas.

Um primeiro aspecto que tem que ser muito discutido em cada Município é sua postura diante da globalização. Seria interessante perquirir se é possível a antropofagia da globalização, ou seja, a apropriação desse processo de modo a que o ponto da rede global seja um canal para o bem-estar coletivo local, passando-se da verticalidade da rede global à horizontalidade do espaço banal e

⁴⁹ In **Cidades do Amanhã**. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 407 - 428.

⁵⁰ In **Uma Estratégia Fatal**, In **A Cidade do Pensamento Único**. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 27.

⁵¹ In **As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias**, edição citada, p. 141.

de todos, nos termos da lição de Milton Santos.⁵² Não é isso em regra que temos visto, até porque “o modelo hegemônico é planejado para ser, em sua ação individual, indiferente ao seu entorno”;⁵³ manifesta-se desta maneira muito mais a força desagregadora no plano local, mas é cedo para desanimar.

Outra questão relacionada diretamente com a anterior é a posição do Município no cenário nacional e regional. Enfatizando o lado jurídico, diria que nossa Constituição da República prima pelo federalismo solidário ou mesmo de integração, onde todos os entes federativos devem-se a mútua cooperação. Além disso, embora o Estado nacional seja também um produto da modernidade e do capitalismo em suas primeiras fases, considero-o como elemento-chave nesse papel de frear os impactos negativos da expansão do capitalismo.

Essas e outras questões devem ser postas para a comunidade discutir e refletir.

“As comunidades (lugares, empresas, organizações etc.) devem adquirir maior influência na construção do futuro, na escolha das maneiras de enfrentar seus problemas e de buscar aproveitar suas oportunidades (prioridades e maneiras de atuação), com integração social e perspectiva histórica. De outro modo, correm o risco de os processos de empobrecimento de seu território (exclusão social e degradação ambiental) tornarem-se estruturais em muitas áreas, enquanto setores sociais que desfrutam da riqueza isolam-se em círculos locais específicos, em perfeita ligação com mecanismos globais de consumo e de criação de riqueza”.⁵⁴

Com a citação acima considero já estar respondendo a questão acerca do papel do planejamento urbano hoje.

Para um advogado, bastaria apenas reportar-se ao texto constitucional para indicar a obrigatoriedade da atividade planejadora no tocante à ordenação do parcelamento, uso e ocupação do solo urbano e a obrigatoriedade do Plano Diretor para as cidades com mais de 20.000 habitantes.⁵⁵ Tais previsões se reforçam com o Estatuto da Cidade.⁵⁶ Do ponto de vista jurídico isso é suficiente para afastar o discurso de que o planejamento urbano não é mais possível ou

⁵² *In Por uma Outra Globalização*, edição citada, p. 105 - 112

⁵³ *Idem*, p. 107.

⁵⁴ GOYTRE, Felix Arias. *In Concertações e Operações Urbanas: A Experiência Espanhola*, edição citada, p. 114. É sintomático desse quadro a reportagem cuja manchete foi “Expansão de condomínio e de favelas marca segregação”, (jornal *Folha de São Paulo*, 26 set. 2004); divulga-se ali pesquisa realizada sobre a habitação na cidade de São Paulo, na qual se identifica um crescimento impressionante na década de 1990 dos condomínios luxuosos de um lado e das favelas de outro.

⁵⁵ Arts. 30, VIII e 182, § 1º.

⁵⁶ Arts. 2º, IV e 39 a 42 da Lei Federal nº 10.257/01.

desejável. Ele é exigido pela Lei Maior. Mas no esforço interdisciplinar aqui lançado cabe ir além.

O planejamento urbano pode ter papel fundamental, estimulando certas práticas e arranjos, para que, na eloquência de Milton Santos, a mesma fração do território possa ser recurso e abrigo, condicionando as ações pragmáticas e permitindo vocações generosas;⁵⁷ é ainda o mesmo autor a destacar o fato de sociedade e território exercerem uma vida reflexiva, sempre à busca de sentido. Essa procura não tem como se verificar no curso da simples gestão urbana: é necessário o tempo e a dinâmica típicos do planejamento urbano, mas ele precisa assumir novas feições. Resta enfrentar então a pergunta derradeira: que planejamento é possível hoje em dia?

David Harvey constata que enquanto os modernistas vêem o espaço como algo a ser moldado para propósitos sociais, subserviente a um projeto de transformação, os pós-modernistas o vêem como coisa independente e autônoma, a ser moldada por objetivos e princípios estéticos.⁵⁸

John Friedmann parece exagerar no diagnóstico e na dosagem da prescrição ao afirmar que:

“Com o colapso do fordismo e mais amplamente do modernismo e o surgimento de uma consciência pós-moderna que celebra a diversidade e a fragmentação, porque isto é tudo o que se pode celebrar, poderíamos ver-nos tentados a declarar a morte do planejamento. Mas se o planejamento está realmente morto, o que poderia substituí-lo? (...) Eu diria que o planejamento não é má idéia, mas que necessita radicalmente de uma nova concepção (...) Precisamos conceber uma forma de planejamento que seja capaz de funcionar dentro de uma desordem e uma complexidade crescentes (...) a ênfase do planejamento deveria colocar-se nos processos que operam no tempo atual ou real, porque os planejadores só podem esperar ser eficazes no presente efêmero e ainda assim sem decidir”⁵⁹

Nessa leitura, desce o planejamento e sobe a gestão negociada. A curtição do efêmero e a resposta preocupada com o efeito instantâneo não me parecem ser tudo o que se possa celebrar, e são inconcebíveis em um país carente de profunda transformação social. Como renunciar ao clamor por mudanças, ao desejo ardente de traçar um cenário mais digno para a população brasileira e de lutar racionalmente, passo a passo, pela construção de uma nova realidade? Certamente é preciso, por vezes, domar a ansiedade e ter humildade e desconfiança permanente quanto ao caminho escolhido. O reconhecimento da

⁵⁷ In **Por uma Outra Globalização**, edição citada, p. 111 - 112.

⁵⁸ In **A Condição Pós-Moderna**, edição citada, p. 69.

⁵⁹ Apud MENDONÇA, Jupira Gomes de. **Plano Diretor, Gestão Urbana e Descentralização: Novos Caminhos, Novos Debates**, In **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 158.

diversidade sociocultural é fundamental nessa caminhada e ela deve ter voz ativa. Até mesmo o antropocentrismo merece ser posto em cheque, sim, mas não se afigura correto recusarmos o exercício da capacidade humana de transformar o meio em que vive.

De mais a mais, cumpre dizer que mesmo os Municípios propensos a jogar com a globalização de modo mais intenso precisam se preparar para ela e isso envolve não só um projeto, mas o planejamento, com sua característica de atividade contínua, haja vista a necessidade de acompanhar-se a constante transformação da economia global. Não bastará aí a ação pontual e/ou esporádica, como a de revitalizar área degradada, a fim de usufruir por anos do resultado. A demanda é por um agir permanente. Em face do vulto dos recursos necessários nessa corrida, nunca é demais alertar que, do ponto de vista social, há riscos de tal opção ser desastrosa, se não for pensada dentro de proposta de desenvolvimento local, apta a incluir os vários segmentos sociais.

Haverá sempre a convivência de tempos e realidades distintos no mesmo espaço local, os quais precisam ser coordenados, enfrentando-se a tendência da desagregação do tecido social. A cidade é um produto coletivo dessas forças em movimento e não há porque deixarmos de lado a tentativa de obter-se contexto mais justo e plural. Como nos lembra Manuel Castells, há no espaço as conjunturas decorrentes da história ali vivida, que continuarão presentes, por vezes como “obstáculos” às inovações desejadas por um grupo determinado;⁶⁰ tais arranjos são influenciados pelo processo de expansão do capitalismo, mas também o influenciarão, ocasionando até mesmo “defasagens”. Há em tudo isso uma realidade prática que não deve ser ignorada, mas ocorre sobretudo a seguinte indagação ética: o que fazer com tais contingências, que também são humanas (gentes, culturas, sistemas econômicos preexistentes etc.) e precisam de espaço qualificado?

Em outra linguagem, podemos recorrer à idéia de diversidade socioespacial, com distintas relações de tempo e espaço operando-se no mesmo espaço geográfico, segundo Milton Santos.⁶¹ É isso que assegura às cidades acolher atividades mais diversas e constitui sua principal riqueza. Em Harvey encontramos ainda a referência aos territórios de ambigüidade, de contradição e de luta, porque “diferentes qualidades materiais objetivas são consideradas relevantes para a vida social em distintas situações”.⁶²

Tudo isso revela realidades distintas que coexistem em uma mesma localidade; normalmente se influenciam e já por isso é preciso que tamanha dialética ou mesmo pluralidade de forças seja colocada na direção desejada. Só o planejamento está apto a viabilizar arranjo tão delicado, predeterminando valores e condições a serem respeitados de modo orgânico nas várias ações adotadas;

⁶⁰ In **A Questão Urbana**, edição citada, p. 172; 181; 308.

⁶¹ In **A Natureza do Espaço**, edição citada, p. 159; 308.

⁶² In **A Condição Pós-Moderna**, edição citada, p. 190.

melhor ainda se dermos vazão a “um lugar multicultural que exerce constante hermenêutica de suspeição contra supostos universalismos ou totalidades”, como descreve Boaventura de Sousa Santos.⁶³

Pela experiência brasileira dois riscos sobrelevam e faço o destaque para eles.

Em primeiro lugar, reafirmo, é preciso que os planejadores tenham consciência de suas limitações quanto a construir o futuro; mais que isso: é importante evitar o plano totalitário. O Plano Diretor - como as demais leis urbanísticas - tem que assimilar sua incapacidade de compreender todas as variáveis positivas e negativas de desenvolvimento urbano. A perspectiva moderna que leva às metanarrativas não parece realmente exeqüível, além de produzir estragos, por vezes, retumbantes. Por isso, a premissa de que a gestão deva ganhar mais espaço é acertada, inclusive há campo para a gestão negociada, mas essa parcial transferência de poder requer novas formas de controle que assegurem o primado do Estado democrático e de direito, e, no final das contas, a justiça social. Requer também sua contextualização em prol da transformação necessária e consciente, não podendo ficar desconectada de percepção mais ampla sobre o processo socioeconômico. O Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01) indica esse caminho, como pretendo demonstrar mais à frente.

Em segundo lugar, há de se abandonar o plano-discurso, que só faz desmoralizar a atividade de planejamento. O risco aqui é redobrado porque o contexto vigente potencializa ainda mais a hipótese de o planejamento urbano e seu produto principal - o Plano Diretor - se converterem, de uma vez por todas, apenas em jogo de cena e produto de marketing, como tem sido no Brasil a experiência dos Planos Estratégicos. Se a distância entre a retórica e a prática é uma constante brasileira, esse dissenso tende a aumentar em face das promessas da globalização, a capturar corações e mentes, obscurecendo seus resultados empíricos. Como lembra Otília Arantes, cidades mundiais demandam longos ciclos históricos para sua formação, que não será gerada por um pacote de vantagens competitivas.⁶⁴

Lamentavelmente, é impossível não concordar com Flávio Villaça quando demonstra que:

“O planejamento urbano é encarnado numa idéia - hoje nada clara - de plano diretor e passa a ser admitido *a priori* como algo bom, correto e necessário em si. Adquire - no plano da ideologia - uma incrível credibilidade e autonomia, principalmente se lembrarmos que, a rigor, nas décadas de 1980 e 1990, os urbanistas mais atuantes já não sabem o que é um plano diretor, tamanha a controvérsia entre eles. A ideologia, entretanto, encarrega-se de

⁶³ In **A Crítica da Razão Indolente**, edição citada, p. 27.

⁶⁴ In **Uma Estratégia Fatal**, edição citada, p. 29.

fazer com que os leigos não só saibam o que é o plano diretor como também lhe atribuam poderes verdadeiramente mágicos”.⁶⁵

De fato, já é hora de se deixar para o bom teatro a figura do *deus ex machina*.

É contra-indicado também apresentar o Plano Diretor como espécie de pacto social, o que lhe dá status incomparável, mas, no final das contas lhe é extremamente prejudicial. A busca do consenso apresenta limitações à ação transformadora. Costuma ser um fardo a esgotar a força dos agentes ou a desencorajar o enfrentamento dos temas mais polêmicos. Sucede que os conflitos sociais, os interesses divergentes existem na sociedade brasileira e têm que ser expostos para que possam ser enfrentados. Cumpre ao Poder Público, após os debates e reivindicações, se posicionar e assumir sua linha de atuação; essa decisão lhe é inerente, mesmo que nem todos os interlocutores estejam de acordo.

A baixa efetividade de nossos Planos Diretores clama pela revisão de seu conteúdo e de sua inserção na legislação municipal. O Estatuto da Cidade deu grande salto ao condicionar a validade da legislação financeira à compatibilidade com o Plano Diretor, tema ao qual retornarei mais tarde. Mas, para que isso funcione, é necessário que o Plano Diretor saia do campo das intenções, soltas no tempo e no espaço, e seja mais afirmativo e determinante, como convém a qualquer lei. O medo de errar é até valoroso, enseja a ponderação, mas não deve resultar em paralisia ou ausência de decisão. Tanto mais grave quando estamos falando de uma lei. Quem trabalha no Direito e acompanha a evolução do Direito Constitucional, já não perde de vista que a eficácia e a imperatividade são as regras de qualquer norma jurídica. As diretrizes e as normas programáticas têm, sim, força normativa, mas sua capacidade de conformação do mundo fático é bem limitada. Se somente delas se constituir o Plano Diretor, como este poderá ser, de fato, o instrumento básico da política urbana e direcionar os investimentos públicos?

Não há como - nem por que - negar que boa parte das proposições que virão a seguir convergem para a visão de Ermínia Maricato. Em linhas gerais, o Plano Diretor tem que ser cada vez mais um plano formulador de ações e, a meu ver, sobretudo, um plano que organize os sistemas de planejamento e de gestão municipais, aprofundando a participação popular, para que, diante de cada fato, a população possa se sentir apta a responder ao novo desafio. Não será a peça única do planejamento urbano ou do Direito Urbanístico, mas será o elemento central do processo de construção de espaço mais justo.

Tenho de minha parte por bem explicitar uma premissa básica: de acordo com nossa ordem econômica, não se pode construir uma cidade ou

⁶⁵ In **Uma Contribuição para a História do Planejamento Urbano no Brasil**, edição citada, p. 230.

transformá-la sem a iniciativa privada. Mais do que isso: é importante compreender que os vários agentes que compõem o chamado setor imobiliário têm, sim, seus interesses específicos e que tentar dominá-los por completo é pueril. Da mesma forma que a complacência não é indicada, a tentativa de dominação é tola. Se os padrões impostos não são interessantes, ou não se constrói ou se constrói na ilegalidade. A experiência brasileira é pródiga de exemplos nesse sentido. Parece necessário, antes das formulações teóricas, sejam ouvidos também, com respeito e atenção, os agentes do mercado, personagens importantes desse processo, buscando-se a compatibilidade máxima entre todos os atores que constroem a cidade. Isso reclama mais um exercício de humildade especial, pois, durante muito tempo, planejadores mais conscientes e os meios acadêmicos posicionaram-se contra os construtores, querendo que eles se convertessem naquilo que não são e não serão.

É no extenso e delicado processo de participação que as idéias distintas, muitas delas conflitantes, têm que vir à tona. O desafio é, a partir disso, construir uma linha de ação que seja a mais eficaz possível, observada a adequação ambiental e social, hoje muito atreladas à idéia de sustentabilidade. Descarto a sedutora idéia de pacto e mais ainda a de consenso - creio que haverá sempre interesses inconciliáveis - e insisto que ao Poder Público compete a decisão final sobre o desenvolvimento urbano, coerente com os objetivos de nossa República Federativa, sobretudo os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, promover desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, para enfim promover o bem de todos.

CAPÍTULO 1 - O PLANO DIRETOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 PLANO DIRETOR E DIREITO URBANÍSTICO

O Plano Diretor é parte integrante do que se convencionou chamar Direito Urbanístico. A divisão do Direito em ramos não é pacífica e mesmo quem a professa sem ressalvas admite haver grande permeabilidade entre os compartimentos criados; não pretendo aqui colher os argumentos dessa discussão. Do ponto de vista didático, a ramificação é praxe e traz algumas facilidades, ainda que devamos ficar contrafeitos em adotá-la com rigor excessivo.

Fiel ao paradigma da modernidade, o Direito Urbanístico pode ser compreendido pela sua configuração objetiva ou como ciência. Na definição de José Afonso da Silva,

“(...) o Direito Urbanístico objetivo consiste no conjunto de normas que tem por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade.

O Direito urbanístico, como ciência, é o ramo do direito público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis”.⁶⁶

Deixo de tecer também maiores considerações sobre ser ou não ser o Direito Urbanístico um ramo próprio do Direito; há quem defenda se tratar, na verdade, de uma subdivisão ainda interna ao Direito Administrativo ou ao Direito Ambiental.

Apenas para não deixar passar a questão em brancas nuvens, manifesto opinião no sentido de que já se possa falar, sim, na autonomia científica do Direito Urbanístico. Isto porque possui um objeto mais específico: a ação humana que diretamente transforma o espaço habitável; tal objeto é disciplinado de acordo com princípios e institutos próprios, ainda que seja verificada também a incidência de boa parte de princípios comuns ao chamado Direito Público. A própria vinculação à atividade planejadora é um caso à parte do ponto de vista da construção das normas jurídicas, que tipifica o Direito Urbanístico; de igual sorte, os instrumentos criados para lidar com a urbanização estão aí a testemunhar suas peculiaridades, como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, as zonas de especial interesse social e o parcelamento, a edificação e a utilização compulsórios. Compreendendo que a autonomia não represente a auto-suficiência completa, a independência absoluta, não tenho

⁶⁶ *In* **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.

difficuldade em considerá-la presente no caso, filiando-me à boa parte da doutrina.⁶⁷

Após a devida contextualização, cumpre examinar qual a posição e o papel do Plano Diretor no Direito Urbanístico, em última análise, qual a sua relação com a organização do espaço habitável. Por tudo o que foi dito, ele deve ser compreendido como a peça mais importante do planejamento urbano, o qual se dá sobejamente na escala municipal. É a própria Constituição Brasileira que define o Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 4º).

Desde sua introdução na Administração Municipal, foi usual conferir a forma de lei ao Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano - esse nome no início não era comum, mas permito-me este anacronismo. Havia normalmente relatório apresentando o método aplicado, o diagnóstico, bem como as conclusões, mas, em muitos casos, ao final a parte propositiva adquiria a textura de norma jurídica. Por esse tratamento, suas conclusões passavam a possuir força cogente, obrigando não só os agentes públicos, mas também o setor privado, conforme o caso.

A Carta Constitucional de 1988 prevê a aprovação do Plano Diretor pela Câmara Municipal, revelando que ele deva ser traduzido em lei. O Estatuto da Cidade é ainda mais textual ao falar que o Plano Diretor deva ser aprovado por lei municipal. Uma vez que o Direito é o campo por excelência do dever-ser, dotado da capacidade de coação física legítima, o que se tem visto é a parte propositiva do Plano Diretor se converter em lei, e não poderia ser diferente. No texto legal propriamente dito não há espaço para relatório ou justificativa, mas sim para mandamentos. Assim, são as prescrições previstas no Plano Diretor que serão apresentadas na forma de projeto de lei ao Poder Legislativo Municipal.

É francamente conhecido que as normas jurídicas brasileiras têm sua validade condicionada à observância da Constituição da República, isto é, precisam ser elaboradas mediante o devido processo legislativo e ter conteúdo em conformidade com os mandamentos constitucionais. Não é diferente com o Plano Diretor.

Em nosso delicado sistema jurídico, a Carta Constitucional não é, entretanto, a única força condicionante. Há princípios jurídicos, extraídos do ordenamento e nem sempre identificados no texto constitucional. Outrossim, em nosso Estado Federal, o Direito Urbanístico se submete à competência legislativa

⁶⁷ É a posição, entre outros, de Carlos Ari Sundfeld no artigo **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**, *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 45 - 52. Nelson Saule Júnior sustenta também a autonomia do Direito Urbanístico na obra **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 205 - 212. Da mesma forma, Edésio Fernandes em **Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: Algumas Notas sobre a Trajetória do Direito Urbanístico no Brasil** *In Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 59 - 62.

concorrente, situação na qual resta conferida à União e aos Estados a capacidade de editar normas sobre o tema. Por isso é oportuno conhecer as principais determinações a merecer observância pelo Plano Diretor.

1.2 - PRINCÍPIOS JURÍDICOS APLICÁVEIS AO PLANO DIRETOR

Ainda é muito comum que os princípios jurídicos sejam vistos como normas sem maior concretude, ou seja, sem conter determinação clara para conformar o mundo dos fatos; por isso mesmo, não teriam maior eficácia. Doutrina e jurisprudência, no entanto, têm se permitido avançar sobre a força normativa dos princípios. Hoje, resta claro que eles não devem só orientar a interpretação das normas escritas em nosso ordenamento jurídico. Funcionam também como parâmetros para condicionar a validade dessas mesmas normas e até de atos jurídicos: ambos (norma e ato) serão nulos quando violarem os princípios jurídicos. Há um dever generalizado de otimizar, com a maior intensidade possível, os valores e pressupostos albergados nos princípios.

O avanço mais notável em nosso Direito se dá com a aplicação de princípios jurídicos para definir normas de conduta não escritas em nosso ordenamento jurídico. Sem dúvida, “o que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento da normatividade jurídica” dos princípios.⁶⁸ O fato de conter proposição constantemente vaga não os torna incapazes de proferir comandos sobre a vida social ou sobre a organização do Estado.

Por tudo isso, o Plano Diretor, como toda a legislação e o agir urbanísticos, deve observar esses postulados iniciais de nosso Direito. Sem o intuito de passar em revista todos os princípios, destaco a seguir aqueles mais notados no desenvolvimento urbano.

1.2.1 – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

A função social da cidade encontra-se inscrita na Lei Maior e possui status de princípio; decerto ela é compreensível sob vários ângulos. É inequívoca a importância do espaço habitável para o homem. Do espaço material obtemos duas das providências mais básicas para a sobrevivência da espécie humana: a produção de alimentos (em sua grande maioria) e a habitação. Mas, indo além do mero aspecto físico-material, o espaço é o local sobre o qual se dá a grande maioria das ações humanas, como a construção e expressão da cultura, o

⁶⁸ BARROSO. Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo**, edição citada, p. 31.

desenvolvimento econômico e social, enfim, é nele que ocorre a vida em sociedade com toda sua profusão.

Milton Santos, por isso mesmo, considera o espaço (geográfico) a conjunção entre a configuração territorial e a vida que a anima, sendo formado por um “conjunto indissociável, solidário e também contraditório, de sistemas de objetos e sistemas de ações, não considerados isoladamente, mas como quadro único no qual a história se dá”.⁶⁹ Mais adiante o autor, parafraseando Whitehead, afirma que “fora do espaço não há realização”.

Tamanha importância produz responsabilidades enormes. O espaço habitável deve ser pensado para permitir a realização do homem, mas sem incorrerem em antropocentrismo insensível aos demais elementos do meio ambiente, cego ao equilíbrio ecológico. A discussão sobre o que é a realização do homem ou como promovê-la, a bem da verdade, transborda para o debate infundável sobre a natureza humana. Talvez por vício de formação, limito-me a buscar a resposta em nosso sistema jurídico.

A Carta Constitucional estabelece que nossa República se constrói sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como da cidadania. De igual sorte requer a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, sem pobreza, marginalidade ou discriminação. Pois bem, é assim que o homem se realiza ou deveria se realizar neste país, sob o prisma do Direito, e o fato de estarmos longe, muito longe, desse plano apenas reforça o compromisso que há na organização do espaço habitável, ou seja, aponta qual é a transformação a ser buscada pelo planejamento urbano.

O compromisso municipal de promover a função social da cidade haverá de estar presente em sua legislação e em suas ações, gravado em cada passo dos agentes públicos locais. Na lição de Nelson Saule Júnior, o preceito constitucional afirmativo da função social em tela

“ (...) serve como referência para impedir que medidas e ações dos agentes públicos e privados, no desempenho de suas atividades e funções na cidade, provoquem situações de segregação e de exclusão dos habitantes, quando do usufruto da riqueza e dos bens que serão produzidos na cidade”.⁷⁰

Se quisermos manter-nos adstritos aos textos legais, e chegar a uma imagem mais concreta, diríamos que a função social da propriedade se traduz em um conjunto de direitos que a cidade - em última análise, o planejamento urbano - deve assegurar, quais sejam: o direito à terra urbanizada, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, aos transportes e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações. Como se

⁶⁹ In **A Natureza do Espaço**, edição citada, p. 63.

⁷⁰ In **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 224.

nota, tal panorama desenha-se com as linhas do artigo 2º, I do Estatuto da Cidade.

Do ponto de vista material, penso que esse é o grande fator a ser observado na conformação do Direito Urbanístico, e se desdobra certamente em muitas nuances. Mas, por tudo o que foi dito, é certo que a função social do espaço habitável se realiza dentro da perspectiva da alteridade, com a obrigação que cada qual tem de permitir ao outro o aproveitamento do espaço urbano. A pluralidade e o respeito às diferentes formas que coabitam as mesmas localidades são essenciais para as várias formas de realização humana e devem ser buscadas sempre.

Nesse contexto não se pode descurar do desenvolvimento sustentável.

Juntos, modernidade e capitalismo propiciaram ao meio ambiente um papel meramente instrumental: seus bens tornaram-se coisas a serviço das ambições humanas, fossem elas o progresso social, o lucro ou o consumismo. Com a tendência atual da globalização tudo isso se agrava, pois o comando do processo produtivo se dá fora do contexto local para atender a objetivos dos grandes empreendimentos e dos consumidores do mundo todo, os quais não vivenciam direta e imediatamente a degradação ambiental produzida em cada região.

Já se faz por demais claro que a expansão desse proceder coloca em risco a vida humana, em face do desequilíbrio ecológico promovido. A Agenda 21 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas⁷¹ e a célebre Declaração do Rio, concebida na ECO 92, prevêem que os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo. A verdade é que, até mesmo do ponto de vista do antropocentrismo, a revisão se faz necessária.

A organização dos espaços habitáveis é tarefa a verter com sensibilidade para a conservação do meio ambiente. Nossa Constituição da República inclusive estabelece expressamente o pressuposto do desenvolvimento sustentável (art. 225), o qual “consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”.⁷²

É de se destacar, pois, que o desenvolvimento urbano precisa se organizar em torno das idéias de função social da cidade e de sustentabilidade, com respeito ao meio ambiente e em prol da justiça social, valores que se refletirão nos objetivos, diretrizes e ações previstas no Plano Diretor. A cidade, expressão da natureza profundamente alterada pelo homem, tem por destinação jurídica o papel de promover a vida digna, o bem-estar de seus habitantes e o equilíbrio ecológico. Ao mesmo tempo em que é construída e alterada pela

⁷¹ Promulgada com a resolução nº 444/89.

⁷² SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26 e 27.

sociedade, deve ser um canal para alterar a própria sociedade a fim de construir nova realidade social, justa, solidária, livre e plural.

1.2.2 – PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Certamente é a função social da cidade e o desenvolvimento sustentável que ajudam a revelar a função social da propriedade. É um tanto óbvio compreender que a formação do espaço habitável chamado cidade - até mesmo em sua dimensão social - se faz a partir do conjunto de propriedades existentes sobre o solo. Vivemos em uma sociedade onde a apropriação de bens, mesmo os naturais, faz-se aceita, por muitos, como fato inerente à espécie humana. Em razão de algumas distorções culturais, nunca é demais lembrar que em nosso país o direito à propriedade imobiliária, pública ou particular, deve proporcionar também proveito social, contribuindo ao bem-estar coletivo.

Não parem dúvidas: o direito à propriedade incidente sobre bens imprescindíveis para o desenvolvimento social traz também deveres aos seus titulares, não só no sentido de observar limites, mas até mesmo exigir providências de conservação e de utilização efetiva ao proprietário. Em sua obra clássica, Rousseau já consignava a relação, a seu ver, inerente entre trabalho e propriedade, a qual tornava os possuidores depositários do bem público, para concluir: “de qualquer modo que se faça tal aquisição, o direito de cada particular sobre sua parte do solo está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre o todo”.⁷³

É clara a opção feita em nosso ordenamento jurídico, a revelar sua visão sobre o Mundo: a capacidade de acumulação de bens pelo homem e o proveito sobre eles merecerá a efetiva proteção do Direito, apenas quando o exercício da propriedade atender também o interesse coletivo. Tal proteção em instância máxima não decorre, portanto, de mera recompensa a fatos já realizados, à capacidade demonstrada; tudo isso pode justificar a aquisição do bem, mas não determina dali para frente o senhorio absoluto sobre a coisa. A função social, como afirma ampla doutrina, é elemento intrínseco ao direito de propriedade, a conferir a dimensão exata das faculdades do proprietário sobre o bem (usar, gozar, dispor e reaver a coisa). É, em última análise, a pulsação que mantém viva a capacidade de o proprietário invocar a devida proteção jurídica.

No início do século XX, o grande formulador dessa idéia, Leon Duguit, já propugnava, como decorrência da interdependência social:

“Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que solo él puede

⁷³ In **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Cultrix, p. 36.

realizar. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarefa, y no será protegido más que si la cumple y en la medida que la cumpla”.⁷⁴

Duguit concluía, de modo ainda forte para os padrões atuais, que a propriedade não seria um direito subjetivo, mas sim uma função (obrigação) daquele que possuísse tal riqueza. É mais tradicional hoje conjugar as duas faces sobre a propriedade: direito subjetivo e obrigação social.

É por isso que, ao mesmo tempo em que expressa o interesse legítimo e individual de seu titular, o direito subjetivo de propriedade deve dar vazão a interesses que perpassam a pessoa do proprietário e se manifestam sobre o poder que ele (proprietário) tem sobre determinada coisa. A função social da propriedade “impõe o respeito pelo proprietário, na medida em que, paralelamente exercita suas faculdades inerentes ao domínio, desses demais interesses não-proprietários que se relacionam, com a propriedade”.⁷⁵

Partindo-se do prisma jurídico, é a partir do conjunto de imóveis, divididos para apropriação individualizada, que se molda a configuração territorial, e é aquele conjunto que compõe o local de realização do homem, como nos fala Milton Santos. A negligência do proprietário é lesiva à coletividade, que depende do bom aproveitamento do solo para se realizar plenamente. Os vazios urbanos, em áreas servidas de infra-estrutura, por exemplo, prejudicam o retorno social do investimento público na construção da cidade e ainda propiciam exagerada expansão territorial e/ou ocupação de áreas inadequadas; disso resulta a deseconomia para a administração do espaço urbano, ao demandar a cobertura de serviços e equipamentos públicos em áreas muito extensas e por vezes com dificuldades estruturais.

Vivemos em uma sociedade culturalmente voltada à produção de bens para suprir as próprias necessidades, onde o trabalho é apresentado até mesmo como o desígnio do homem, com ares de pressuposto ético; por isso mesmo, é normal encontrar observações no sentido de que a propriedade exerce a função social se realiza um fim economicamente útil e produtivo, que beneficie o proprietário e também terceiros.⁷⁶ Decerto, essa produtividade não há de ser tomada apenas como se faz em empreendimento capitalista, restrita à fabricação de mercadorias; impõe-se aqui considerar benefícios de outra ordem, como os ambientais ou sociais. Para além da questão da produtividade econômica em

⁷⁴ *In Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Librería Española y Extranjera, 1920, p. 177 - 178.

⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo José Mendes, na palestra **A Função Social da Propriedade Urbana e o Estatuto da Cidade**, proferida no Seminário “O Estatuto da Cidade e os Efeitos Jurídicos da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis” em 2002. Há versão impressa, publicada pelo Centro de Estudo e Debates em conjunto com a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro. O trecho citado encontra-se à página 41.

⁷⁶ REALE JÚNIOR, Miguel e AZEVEDO, David Teixeira. **A Ordem Econômica na Constituição**, publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 12/138.

sentido estrito, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza a necessidade de o exercício da propriedade observar os ditames da justiça social, comprometido, portanto, “com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada”.⁷⁷

O Estatuto da Cidade não se esquivava de delinear algumas notas quando prevê que a propriedade urbana assegure o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas, fiel às diretrizes do desenvolvimento urbano.⁷⁸ O mesmo preceito afirma que o cumprimento da função social se dará quando a propriedade atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, determinação, aliás, antecipada em nossa Carta Constitucional.

Ainda assim, é mais correto entender que tal funcionalidade se revelará em razão de toda a legislação urbanística municipal, conjunto de normas a estabelecer o desejável aproveitamento para cada área do território local (adensamento, proteção ao patrimônio histórico ou natural, habitação popular etc.), o que evidentemente afeta todo imóvel ali localizado. Conforme o caso, a função social poderá se definir até com influências de leis estaduais e federais, em áreas merecedoras de proteção especial, mas a legislação municipal é fundamental em todas as hipóteses.

Nesse conjunto de normas, não se perca de vista o seguinte: se o efetivo aproveitamento do bem depende de sua adequação às regras aplicáveis, nisso não se esgota o dever do proprietário; isto é, sua obrigação não seria apenas respeitar os limites incidentes, quando desejar utilizar o bem. Diante do potencial para serem providas no imóvel uma série de necessidades coletivas primárias, será, em regra, exigível do proprietário a contribuição imediata para promover o bem comum; a omissão ou negligência em relação à vocação do imóvel será intolerável acinte à sociedade na qual vive e da qual se beneficia (e depende) o detentor daquela riqueza, como ser social que somos.

Um rol importante de instrumentos para combater o desperdício de solo urbano foi previsto na Carta Constitucional e encontra-se inquestionavelmente disponível para os Municípios a partir do Estatuto da Cidade. Refiro-me evidentemente à edificação, utilização e parcelamento compulsórios, pelos quais o Município poderá exigir o efetivo aproveitamento do imóvel não utilizado, subutilizado ou não edificado, sob pena de aplicação de IPTU progressivo ou da desapropriação por títulos da dívida pública. Ao tratar dos instrumentos urbanísticos no Plano Diretor retornarei ao tema.

1.2.3 – PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO À ATIVIDADE PLANEJADORA E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

⁷⁷ In **Novos Aspectos da Função Social da Propriedade**, publicado na Revista de Direito Público, nº 84/39

⁷⁸ Art. 39 da Lei Federal nº 10.257/01.

A atividade planejadora desenvolvida desde o final do século XIX aparece em nossa Magna Carta, como pressuposto para que o Município ordene o parcelamento, uso e ocupação do solo; clara na Lei Maior é também a necessidade de o Município organizar-se de modo a permitir a cooperação de entidades representativas da sociedade civil no planejamento municipal.

Como mencionado anteriormente, do ponto de vista formal-jurídico a constatação seria suficiente para dirimir qualquer dúvida sobre o cabimento do planejamento nos dias atuais, por mais pós-moderno que se queira ser. Há um mandamento constitucional inequívoco a exigir essa prática.

É inaceitável, portanto, o tratamento assistemático dos fatos urbanísticos; pior ainda quando se revelar a incongruência ou mesmo a incoerência em suas entranhas. O Direito Urbanístico não pode ser, de modo algum, um “aglomerado de imposições”;⁷⁹ pelo contrário, deve ser concebido em processo orgânico e contínuo, voltado para refletir sobre a transformação do espaço urbano, propondo, a partir disso, as soluções legais. Cumpre aos nossos Municípios o dever jurídico de planejar sempre sem intermitências ou fugas.

Não se fazem leis urbanísticas de improviso ou a esmo, sob pena de invalidade. É necessário um legislar gradual, assentando primeiro os fundamentos, objetivos e diretrizes do desenvolvimento urbano para, a seguir, conceber o tratamento dos fatos e a conjugação de ações na direção traçada. Ou seja, o método dedutivo é aplicado aqui de modo condicionante. Não se admite que um plano ou lei específica possa tratar de tema urbanístico em desconformidade com diretrizes e balizas postas em leis municipais mais genéricas. Conforme o caso, será necessário modificar então as condições gerais inicialmente apresentadas, fruto de uma primeira fase do planejamento. Manifesta-se, pois, verdadeira hierarquia entre os planos a ser observada pelos planejadores e legisladores e mais do que isso: a legitimidade da ação do Estado ocorrerá apenas se estiver racionalmente orientada.⁸⁰ Essa primeira etapa é cumprida pelo Plano Diretor, onde ele é obrigatório ou onde ele é espontaneamente elaborado; por isso mesmo é tratado como instrumento básico da política de desenvolvimento urbano.

É contra-indicado, porém, adotar sem limites e sem flexibilidade a lógica cartesiana, sobretudo nos tempos de reflexão sobre o paradigma dominante da modernidade. Em primeiro lugar, é de se afirmar que a ausência de plano mais global, compreendendo todo o território local e fixando, entre outras coisas, os objetivos e as diretrizes, não impede a elaboração de planos ou normas mais específicos relacionados ao parcelamento, uso e ocupação do solo. É o

⁷⁹ A expressão entre aspas é da lavra de Carlos Ari Sundfeld, *In O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, edição citada, p. 56.

⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, *idem*, p. 56.

entendimento que vem prosperando, ainda que sejam conhecidas posições em contrário.⁸¹

Além disso, não se deve imaginar que tudo o que venha a ocorrer no desenvolvimento urbano seja pelos menos mencionado de modo prévio e explícito no Plano Diretor. Ele não tem que antever toda ação urbanística pontual. Uma coisa é conceber os instrumentos em geral e as linhas estratégicas a serem seguidas, bem como formular o sistema de planejamento; outra bem diferente é especificar cada atividade e ação. Por outro lado, não cabe exigir que o Plano Diretor se abstenha de decidir diretamente sobre determinadas questões, cobrando-se sempre, e em qualquer caso, o desenvolvimento em etapas complementares. Aquilo que se revele maduro na elaboração do Plano Diretor não precisa aguardar momento futuro para ser enfrentado.

Certamente diante da dinâmica do mundo, onde a instabilidade é mais sentida que em outras épocas, há de se argüir qual o plano possível, discussão a ser retomada mais à frente.

A participação popular nesse contexto reflete a busca de aprimoramento do processo democrático, tendo em vista que a representação política tradicional demonstra-se deficiente em uma série de aspectos. Evidencia também a leitura de o planejamento urbano não depender apenas de conhecimento técnico. Depois de muitos autores como Françoise Choay, ficou difícil ocultar a evidência de que “na raiz de qualquer proposta de planejamento, por trás das racionalizações ou do conhecimento que pretendem fundá-la em verdade, escondem-se sistemas de valores”.⁸² A mesma autora, na década de 1960, já identificava a ascendência de uma visão em que a proposição apriorística de cidade era substituída por um processo em que o habitante era visto como interlocutor diante do planejador.⁸³

Tal compreensão tem a ver com o que Fernando Alves Correia considera ser um dos objetivos da participação popular: maior conhecimento e aquisição de experiência pela Administração Pública, indispensáveis à escolha de soluções mais adequadas; o habitante é um personagem central para quem quiser compreender a cidade, mas isso não é tudo: ele deve ser protagonista da própria história, tendo a possibilidade de participar ativamente no destino do local onde vive. É a partir desses fatores que será dado alcançar os benefícios do processo participativo, segundo o jurista português: o aumento da eficiência, pois as medidas adotadas tendem a contar como a boa vontade e o espírito de colaboração dos particulares; o restabelecimento do contato direto entre

⁸¹ Em contrário à linha aqui adotada, sustentam Diogo de Figueiredo Moreira Neto (no artigo **Direito Urbanístico e Limitações Administrativas Urbanísticas**, publicado na Revista de Informação Legislativa, nº 107, p. 108, em 1990) e Toshio Mukai (no artigo **Plano Diretor nas Constituições Federais e Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais**, publicado na Revista de Direito Público nº 14, p. 155, em 1988).

⁸² *In O urbanismo*, edição citada, p. 49 - 50. Ver também SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**, edição citada, p. 96.

⁸³ Idem, p. 48.

Administração e os administrados, a funcionar como meio de impedir os desvios burocráticos; e a realização do espírito democrático, “que exige não só uma participação episódica na vida política, através da designação dos governantes, mas também uma associação activa dos cidadãos à condução da Administração”.⁸⁴

Em suma, o conhecimento técnico e científico não deve ser desprezado, mas precisa ser posto em seu papel de conselheiro. Em verdade, é imprescindível integrá-lo ao processo de tomada de decisões, em diálogo fecundo com a população. Há um auxílio fundamental de sua parte para produzir maiores convicções sobre as dificuldades desta ou daquela opção e dos possíveis resultados a serem alcançados. Mas esse saber, por si só, não basta.

Por isso, a formulação do Estatuto da Cidade, segundo a qual é exigível, no processo de elaboração e também de implementação do Plano Diretor, a promoção de audiências públicas e debates com a participação popular.⁸⁵ Para que essa participação seja mais plena, requer-se a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos, com franco acesso de qualquer interessado. Deixo para aprofundar esse ponto quando discorrer sobre os aspectos formais para elaboração do Plano Diretor. Destaque-se, por fim, resplandecer no texto legal que não só o planejamento, mas também a gestão urbana demanda abertura para a participação popular; não bastasse a previsão mencionada, isso já ficaria evidente na recorrente alusão à “gestão democrática da cidade”.⁸⁶

1.2.4 – PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO PLANEJAMENTO POR SER ATIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Toda atividade estatal é sujeita aos princípios aplicáveis à Administração Pública, não sendo diferente com o planejamento. São observados, entre outros, os princípios da: legalidade, finalidade pública, supremacia do interesse público, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, segurança jurídica, autotutela e razoabilidade/proporcionalidade. Passemos rapidamente por cada um deles.

Pelo princípio da legalidade, a atividade administrativa fica condicionada à previsão no ordenamento jurídico. Trata-se de conquista expressa na figura do Estado do Direito, onde a ação estatal ocorre dentro da ordem jurídica preexistente, impedindo-se a arbitrariedade. É esse princípio que leva à necessidade de converter em lei a parte propositiva dos planos, que só assim podem ser impostos à população. Nunca é demais lembrar que a idéia está associada à compreensão de ser a lei a expressão do interesse geral, cuja realização é a razão de ser do Estado.

⁸⁴ In **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**, edição citada, p. 251 - 252.

⁸⁵ Art. 40, § 4º da Lei Federal nº 10.257/01.

⁸⁶ Art. 2º, II e 43 da Lei Federal nº 10.257/01.

Com efeito, ainda que não estejamos mais diante da democracia direta, há claro apoio na construção teórica de Rousseau, segundo a qual a lei expressa a vontade coletiva e só ela tem legitimidade para limitar a liberdade do estado natural (estágio primitivo). Tal situação representaria não exatamente o fim da liberdade ou sua brusca restrição, mas, antes de tudo, uma reformulação. Como é de amplo conhecimento, a figura do contrato social procura responder ao problema fundamental que residia em: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”.⁸⁷ Passamos à liberdade civil, onde a legislação cuida de dar vida ao pacto social, determinando o que deve ser feito para sua conservação; aqui “todo povo estatui sobre todo o povo”, e o faz de forma geral e abstrata. Nas considerações do ilustre pensador é possível enxergar o germe do positivismo jurídico, quando se afirma:

“No estado natural, onde tudo é comum, nada devo àqueles a quem nada prometi, só reconheço como sendo de outrem o que me é inútil. Isso não ocorre no estado civil, onde todos os direitos são fixados na lei”.⁸⁸

É clara a relação da legalidade com o princípio da finalidade pública, aquele segundo o qual a atividade administrativa direciona-se à realização do interesse público. Comprovado que o plano é conduzido por interesses particulares, haverá o chamado desvio de finalidade a causar sua invalidade. Por isso, não basta agir dentro da hipótese formalmente descrita em lei, é imprescindível que a intenção perseguida seja verdadeiramente o bem-estar da coletividade.

Desde que exercido dentro da lei, impedindo-se assim a arbitrariedade, o interesse público se manifesta acima do interesse particular. Nessas circunstâncias é cabível afirmar que, em caso de divergência entre eles, prevalecerá a ação orientada em prol da coletividade, mesmo que sujeita a algum tipo de indenização em favor do direito particular sacrificado. Oportuno afirmar que, em regra, é exigida a tipicidade, isto é, a previsão legal específica a determinar as hipóteses e as formas dentro das quais a Administração pode impor unilateralmente sua decisão.

O fundamento da isonomia torna lógica e forçosa a adoção do princípio da impessoalidade, segundo o qual a atividade administrativa tem que se pautar por critérios objetivos, sem ensejar tratamento discriminatório por motivos subjetivos, isto é, com base no indivíduo beneficiado ou prejudicado com a possível decisão. É mesmo um pressuposto do Direito Moderno a idéia da regra geral e abstrata, que descreve objetivamente, para hipótese prevista, o tratamento

⁸⁷ In **O Contrato Social**, edição citada, p. 47.

⁸⁸ Idem

indicado. Outra forma de apreciar o princípio da impessoalidade consiste na determinação de que os resultados da ação administrativa (planos, atos, intervenções físicas) existem independentemente da pessoa física que os realizou ou ordenou. Em última análise, os planos realizados não são desta ou daquela administração pública, deste ou daquele Prefeito, são planos do Município. É assim que o Plano Diretor há de ser aplicado por quem quer que esteja no comando administrativo enquanto for válido.

O princípio da moralidade exige que o agir administrativo seja orientado não só pela lei, mas pela moral vigente, que também condiciona o exercício dos poderes e atos administrativos.

Pelo que foi exposto até aqui, o princípio da publicidade é especialmente relevante no Direito Urbanístico e na atividade de planejamento urbano. Todos os interessados têm direito a conhecer as informações relacionadas à Administração Pública, exceto em caso de risco de segurança (ou diante de proteção constitucional da intimidade, de polêmica aplicação aos agentes públicos). Esse conhecimento presta-se, principalmente, a facilitar controle mais amplo das práticas administrativas, mas também é fundamental para o exercício da participação popular de modo consciente e pleno.

Em razão da escassez dos recursos e da infinitude das necessidades, a Administração Pública tem o dever de buscar o melhor desempenho para o cumprimento de suas atribuições. Trata-se aqui do princípio da eficiência, segundo o qual os esforços envidados devem produzir os efeitos esperados. Esse princípio não só reforça a necessidade do planejamento racional, como também orienta seu conteúdo para que tudo seja feito de acordo com as possibilidades reais do Município.

Mais recente em nosso Direito Público é a consciência de nele estar presente o princípio da motivação, segundo o qual faz-se necessária a indicação dos fundamentos de fato e de direito das decisões administrativas. Em se tratando de planejamento urbano, é fundamental que conste expressamente na parte explicativa dos planos o porquê das opções tomadas e do abandono de outras propostas formuladas durante a fase de discussão/elaboração. Esse proceder facilita o controle sobre a lisura das escolhas promovidas pelos agentes municipais.

Mesmo diante da mutabilidade e da supremacia do interesse público é preciso não perder de vista que o Direito deve produzir segurança à sociedade, que assim pode agir sem receios de, no futuro, ver considerados inválidos os atos praticados, em razão de novas normas ou mesmo de novas interpretações jurídicas. É isso que exige o princípio da segurança jurídica: a irretroatividade dos novos mandamentos, inclusive dos novos planos, ou mesmo a irretroatividade de novas interpretações sobre leis preexistentes aos fatos. Não se deve atingir aquilo que, na época, foi considerado válido, com o fito de desconstituir seus efeitos

jurídicos, salvo em casos excepcionais, como na hipótese de má-fé da pessoa beneficiada com o erro. Tamanha insegurança decerto inibiria muitas ações da sociedade e deixaria de trazer a paz e harmonia social exigidas ao Direito.

Amparado pelos princípios acima, o princípio da autotutela, em visão mais ampla, reclama da Administração Pública o poder-dever de agir para assegurar o interesse público, nos termos da lei, se necessário com o uso da força, independentemente de ação judicial. Trata-se de prerrogativa inexistente, em regra, para a sociedade civil, na qual a proteção dos direitos violados se dá pelo Poder Judiciário, devidamente acionado. É a autotutela que permite o embargo de obras ou a interdição de estabelecimentos contrários à legislação urbanística, por exemplo.

Por fim, cumpre falar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, espécies geminadas. Para alguns, sequer haveria distinção entre eles. O princípio da razoabilidade é a própria encarnação da modernidade: segundo ele, a atuação administrativa deve se pautar pela lógica, naturalmente adequada para satisfazer o interesse público, sem ocasionar restrições e danos desnecessários aos administrados. A razoabilidade caracteriza-se pela adoção de meio que, além de ser capaz de alcançar o fim público almejado, represente a menor ingerência (onerosidade) possível sobre a liberdade. Significa dizer, em havendo alternativas para se obter o mesmo resultado, a Administração deve optar por aquela que seja menos onerosa à pessoa atingida pela decisão. Nessa condição da menor onerosidade residiria, para alguns, um outro princípio: o da proporcionalidade em sentido estrito; para outros, a proporcionalidade estaria no equilíbrio entre o ônus imposto e o benefício proporcionado.

Vale observar que boa parte dos princípios acima ensejam o controle de validade das normas jurídicas elaboradas, inclusive no Direito Urbanístico e, conseqüentemente, no Plano Diretor. Notadamente, é o caso dos princípios da finalidade pública, da impessoalidade, da eficiência e da razoabilidade/proporcionalidade.

Merece registro, por fim, o enquadramento, como improbidade administrativa, da ação ou omissão que atentar contra os princípios impostos à Administração Pública, se violados os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; tal situação propicia perda da função pública, ressarcimento do dano, suspensão temporária dos direitos políticos, multa civil, proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios fiscais ou creditícios.⁸⁹

1.3 - O PLANO DIRETOR E AS LEIS FEDERAIS RELACIONADAS AO DESENVOLVIMENTO URBANO

⁸⁹ Arts. 11 e 12, III da Lei Federal nº 8.429/92.

Não é somente à Constituição da República e aos princípios gerais que o Plano Diretor deve obediência direta. A própria Lei Maior, ao inserir o Direito Urbanístico na competência legislativa concorrente, atribuiu à União e aos Estados a competência para legislar sobre o assunto. Esses outros entes federativos não farão Plano Diretor, nos termos abordados nesta obra; todavia, suas normas condicionam também validade da legislação municipal, inclusive seu instrumento básico para o desenvolvimento urbano. Paira a dificuldade em saber até que ponto cumpre ao Estado ou à União legislar sobre o tema, tendo em vista que o normal seria propugnar a “competência municipal preponderante”.⁹⁰ Afinal, como faz notar Flávio Villaça, o conceito de planejamento urbano entre nós tem como “especificidade a organização do espaço urbano (embora possa não se limitar a isso) e aplica-se ao plano de uma cidade individualmente”.⁹¹ Seria mesmo temerário imaginar que coubesse às autoridades federais ou estaduais procurar organizar as cidades, mesmo se tentassem tratar de cada uma especificamente. Não só o desconhecimento de cada realidade local seria capaz de propiciar equívocos, mas até mesmo haveria aí flagrante falta de legitimidade, incompatível com o Estado Federal brasileiro.

O ideal federativo parte da aceitação de que há uma pluralidade de comunidades políticas a compor o mesmo Estado, precisando ser assegurada a capacidade de autodeterminação a cada uma delas em relação às questões que lhes são próprias. Trata-se aqui de um pressuposto de maior legitimidade no enfrentamento da questão. Como ensina Pablo Lucas Verdu,

“La afirmación de coincidencia entre espacio político y social es aventurada porque sencillamente no existe espacio político algún indivisible, homogéneo, uniforme y continuo. Este espacio se fragmenta en múltiples espacios heterogéneos que se entrelazan y condicionan diversamente. Hay, en el espacio político contenido dentro de unas fronteras, espacios culturales, religiosos, económicos, comerciales, jurídicos, cuya efectividad desborda, a veces, los cauce estrechos del espacio político. Dentro de un mismo país existen diferencias notorias en la distribución de la riqueza, de la cultura, de la confesiones y grupos religiosos, así como existen, en ciertas zonas, supervivencias culturales, jurídicas y raciales cuya uniformación conforme a un común denominador es arriesgada”.⁹²

A própria Lei Maior procura deixar claro no caso da União que sua competência é limitada, mas, ao trazer como baliza a idéia de normas gerais, deixa o limite impreciso. Caberá, pois, ao Poder Judiciário, quando acionado,

⁹⁰ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 104.

⁹¹ Na obra citada, p. 172.

⁹² *In* **Curso de Derecho Político** – Volume II. Madri: Editorial Tecnos, 1981.

verificar se o legislador federal se excedeu em sua atribuição dentro da chamada competência legislativa concorrente.

Hoje existem três leis nacionais que se destacam na qualidade de condicionantes do Plano Diretor e das demais normas urbanísticas locais, quais sejam:

- a Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, a qual disciplina aspectos do parcelamento do solo para fins urbanos;
- a Lei Federal nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida;
- A lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada de Estatuto da Cidade, a instituir diretrizes gerais sobre o desenvolvimento urbano.

Vejam, ainda que brevemente, cada uma delas no tocante à influência sobre o Plano Diretor.

LEI FEDERAL Nº 6.766/79

Entre seus dispositivos destacam-se:

- a circunscrição do parcelamento do solo para fins urbanos à parcela do território local destinada à urbanização (art. 3º);
- a definição de locais onde há impedimento para o parcelamento do solo, mesmo em áreas destinadas à urbanização (art. 3º, parágrafo único);
- os requisitos mínimos a serem observados, incluindo-se a destinação de áreas públicas (no caso de loteamento proporcionais à densidade de ocupação prevista para a zona em que se situe o empreendimento), a área mínima dos lotes urbanos, exceto em caso de interesse social, a testada mínima e a faixa não edificável ao longo das águas correntes e domentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos (art. 4º);
- o poder de o Município assumir a regularização do loteamento irregular para evitar lesão a seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes dos lotes (art. 40).

Quanto a esse último aspecto, importa registrar que o Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de o Município ter o dever de providenciar a regularização do loteamento, como se nota em vários julgados.⁹³ Ou seja, não há

⁹³ REsp 131.697 SP; REsp 292.846/SP, REsp 432.531; REsp 448216; REsp 259.982/SP; REsp 124.714/SP, REsp 194.732/SP.

mera faculdade entre fazer ou não fazer, conforme a conveniência e oportunidade, mas sim exigência de empreender a regularização.

Há também na lei algumas normas sobre o procedimento administrativo para aprovação do parcelamento do solo para fins urbanos. Esse trecho da lei é passível de questionamentos quanto à validade, uma vez que, exceto diante de mandamentos constitucionais expressos em contrário, cumpre a cada ente federativo disciplinar seus procedimentos, diante do pressuposto de autonomia para a auto-organização administrativa. Por isso, Joaquim Castro Aguiar critica tais dispositivos que, a meu ver, exceto quando relacionados ao registro do parcelamento do solo no Registro Geral de Imóveis, são normalmente inconstitucionais.

LEI FEDERAL Nº 10.098/00

Conquanto não seja Diploma Legal voltado para o Direito Urbanístico ou desenvolvimento urbano, esses pontos são tocados diretamente ao cuidar-se da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; nem poderia ser diferente. Os espaços habitáveis precisam ser pensados, planejados e, conforme o caso, adaptados para toda a população.

Para que qualquer pessoa possa se realizar de modo pleno e compartilhar dos aspectos positivos da urbanização, é essencial que se lhe assegure a capacidade de circulação pela cidade, bem como a utilização dos equipamentos comunitários ou mesmo de caráter privado, onde se desenvolve parcela significativa de sua vida (lar, estabelecimentos de lazer ou de ensino, locais de trabalho etc.).

É notório o esforço da lei em destaque no sentido de diminuir a profunda e inaceitável marginalização vivida por parte de nossa população, que se vê impedida ou especialmente dificultada no tocante à fruição da cidade. Ainda que esse quadro não se construa propositalmente, o que é discutível, nem mesmo o esquecimento dessas pessoas é tolerável à luz de nossa Carta Republicana: o Estado Federal brasileiro tem a obrigação de agir exatamente para erradicar a discriminação de qualquer ordem e reduzir as diferenças existentes. Evidentemente, isso se aplica sobremaneira ao desenvolvimento urbano.

No intuito de promover a acessibilidade para todos, o planejamento urbano e a ação administrativa deverão observar:

- adaptação das vias públicas, dos parques e dos demais espaços públicos existentes, obedecendo-se ordem de prioridade que vise à maior eficiência das modificações, no sentido de promover acessibilidade mais ampla às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (Art. 4º);
- observância dos parâmetros estabelecidos pelas normas

técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT - no projeto e no traçado dos elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário, nestes compreendidos os itinerários e as passagens de pedestres, os percursos de entrada e de saída de veículos, as escadas e rampas (art. 5º);

- oferta de banheiros de uso público existentes ou a construir em parques, praças, jardins e espaços livres públicos acessíveis, que atendam às especificações das normas técnicas da ABNT (art. 6º);
- reserva de vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos; as vagas deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga, devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes (art. 7º);
- instalação de sinais de tráfego, semáforos, postes de iluminação ou quaisquer outros elementos verticais de sinalização em itinerário ou espaço de acesso para pedestres, dispostos de forma a não dificultar ou impedir a circulação, e de modo que possam ser utilizados com a máxima comodidade (art. 8º);
- instalação de mecanismo em semáforos para pedestres que emita sinal sonoro suave, intermitente e sem estridência, ou com mecanismo alternativo, que sirva de guia ou orientação para a travessia de pessoas portadoras de deficiência visual, se a intensidade do fluxo de veículos e a periculosidade da via assim determinarem (art. 9º);
- projeção e instalação dos elementos do mobiliário urbano em locais que permitam a utilização pelas pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 10);
- construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo, a fim de que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 11);
- disposição de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, nos locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação (art. 12);
- construção de edifícios de uso privado em que seja obrigatória a instalação de elevador capaz de atender aos requisitos mínimos de acessibilidade previstos na lei (art. 13);

- adoção de especificações técnicas e de projeto que facilitem a instalação de um elevador adaptado, devendo os demais elementos de uso comum destes edifícios atender aos requisitos de acessibilidade nos edifícios a serem construídos com mais de um pavimento além do pavimento de acesso, ressalvadas as exceções citadas na lei (art. 14);
- observância de reserva de percentual mínimo do total das habitações produzidas, a ser fixado pelo órgão federal responsável pela coordenação da política habitacional, conforme a característica da população local, para o atendimento da demanda de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 15);
- cumprimento dos requisitos de acessibilidade pelos veículos de transporte coletivo, de acordo com o estabelecido nas normas técnicas específicas (art. 16);
- eliminação de barreiras na comunicação e estabelecimento de mecanismos e alternativas técnicas que tornem acessíveis os sistemas de comunicação e sinalização às pessoas portadoras de deficiência sensorial e com dificuldade de comunicação, para garantir-lhes o direito de acesso à informação, à comunicação, ao trabalho, à educação, ao transporte, à cultura, ao esporte e ao lazer (art. 17);
- promoção de campanhas informativas e educativas dirigidas à população em geral, com a finalidade de conscientizá-la e sensibilizá-la quanto à acessibilidade e à integração social da pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 24)

Claramente, nem todas as previsões acima precisam estar diretamente resolvidas no Plano Diretor, mas a compatibilidade com tais mandamentos se revela forçosa e, em muitos casos, deverão ser previstos programas, projetos e campanhas aptos a dar a vazão necessária aos reclamos da Lei Federal nº 10.098/00, sob pena de questionar-se sua validade. Nunca é demais lembrar que, por força constitucional, cumpre também ao Município agir em favor da fruição da cidade por todos, bem como proteger e garantir os direitos dos portadores de deficiência.⁹⁴

LEI FEDERAL Nº 10.257/01

O Estatuto da Cidade deve ser considerado por inteiro na elaboração do Plano Diretor. O desenvolvimento urbano presidido pelo Município há de ocorrer em conformidade com as diretrizes nacionais, assegurando a homogeneidade mínima, que sintetiza o interesse nacional sobre o tema. Deixo os comentários de seus dispositivos para momento mais oportuno, quando repercutirem diretamente sobre os pontos que se pretende enfrentar; outrossim, vale apresentar, mui

⁹⁴ Art. 23, II da Constituição da República.

brevemente, uma visão panorâmica sobre a lei e suas diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano.

A intenção daquele Diploma Legal não é definir de modo direto e imediato o desenvolvimento urbano. Nem poderia ser diferente por força da competência municipal nesse campo, constitucionalmente firmada. O Estatuto da Cidade, antes de tudo, procura orientar o legislador local e até mesmo condicionar a validade das normas municipais relacionadas ao tema. Propõe, sim, algumas regras a serem observadas na condução do desenvolvimento urbano; por vezes, aprofunda assuntos previstos na Carta Constitucional, mas não soluciona diretamente tais questões: aponta caminhos e possibilidades. Não há dúvida quanto à adequação em configurá-lo como “conjunto normativo intermediário”, entre a Constituição da República e o Direito Urbanístico local.⁹⁵

A exceção fica por conta de alguns institutos relacionados ao Direito Civil, que estão no Estatuto da Cidade pela potencial utilização em prol do desenvolvimento urbano. É o caso mais específico da usucapião especial urbana, individual e coletiva e do direito de superfície. Perceba-se que em todos eles há a questão da aquisição do direito de propriedade (integral ou superficiária), fenômeno jurídico absorvido - e tratado - dentro do Direito Civil, nos chamados direitos reais, mesmo quando envolve ente público. A competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil autorizava o Estatuto a esgotar o tratamento desses assuntos, e ele o fez, deixando-os à pronta disposição dos interessados. O mesmo se pode dizer a respeito da concessão de direito de uso especial para fins de moradia, retirada por veto do Estatuto da Cidade, mas contemplada, até o momento, na Medida Provisória nº 2.220/01, com a ressalva de que não se trata, nesse caso, de aquisição de propriedade, mas sim de outro direito real: o uso especial para fins de moradia. Do ponto de vista histórico, há de se observar que a usucapião especial urbana está em vigor, na verdade, desde 5 de outubro de 1988, quando entrou em vigor a Carta Constitucional, que já contemplava o direito.⁹⁶

A par de algumas críticas aqui ou ali cabíveis, o Estatuto da Cidade presta valioso serviço à evolução do Direito Urbanístico. É bem verdade que parte dos instrumentos previstos já era acessível aos Municípios e até utilizada por alguns, como a outorga onerosa, a transferência do direito de construir, a operação urbana consorciada e o estudo de impacto de vizinhança. Nesse caso a inovação da Lei Federal nº 10257/01 se deve ao fato de contemplar balizas nacionais para o uso daquelas ferramentas, além de afastar de vez certos questionamentos que rondavam a aplicação deles; em geral, eram indagações ou mesmo inquietações pouco consistentes, mas que de algum modo trouxeram insegurança ao lançarem a suspeita de que esse ou aquele instrumento deveria ser introduzido por lei federal, por tocar o direito de propriedade. Doutrina e jurisprudência já convergiam desde há muito para a compreensão de que o direito

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**, edição citada, p. 52.

⁹⁶ Art. 183 da Constituição da República

de construir, de parcelar e de usar o solo urbano eram assuntos sobre os quais caberia ao Município legislar, mesmo porque extravasavam o âmbito do Direito Civil. Não se pode negar, porém, que a abordagem do Estatuto da Cidade teve o condão de trazer maior segurança jurídica às Municipalidades, em relação ao emprego dos instrumentos mencionados.

É fato, no entanto, que o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública tiveram que aguardar a vigência do Estatuto da Cidade. Esse entendimento prosperou e teve acolhida no Supremo Tribunal Federal pelo fato específico de que o artigo 182, § 4º da Carta Constitucional, ao mesmo tempo em que os contemplou as sanções contra o inadequado aproveitamento do solo urbano, indicou, para a respectiva aplicação, a observância das condições estabelecidas em norma federal.⁹⁷

Ignorou-se, nessa linha de raciocínio, a competência supletiva e o interesse local que deveriam se operar durante a ausência da lei federal, como, aliás, prevê o artigo 24, § 2º, cuja extensão para os Municípios seria tranqüila na hipótese; a exceção ficaria por conta do instituto da desapropriação, objeto da competência privativa da União (art. 22, II). Por força do entendimento (equivocadamente) construído, há de se atribuir ao Estatuto da Cidade a eliminação de barreira em relação aos instrumentos que punem o proprietário de imóvel não utilizado, subutilizado ou não edificado. Como se verá adiante, agora certamente assiste ao Município efetivá-los mediante legislação própria.

Inovadora foi também a disponibilização do direito de preempção, preferência a ser concedida ao Município, em caso de alienação onerosa de imóveis. Sem previsão em lei federal, à Administração Pública local seria defeso estabelecer tal restrição à transferência de bens entre particulares, assunto nitidamente submetido ao Direito Civil.

Além disso, há de se destacar que o Estatuto avançou de modo bastante feliz sobre as diretrizes gerais do desenvolvimento urbano e da gestão democrática da cidade. Há também dispositivos voltados diretamente para elaboração do Plano Diretor, a serem destacados em outro momento desta obra.

De um modo geral, permito-me fazer leitura segundo a qual, ao mesmo tempo em que o Estatuto da Cidade reafirma o dever municipal de vivenciar o planejamento urbano, procura também dotar a gestão urbana de ferramentas flexíveis. Se repararmos bem, quase todos os instrumentos têm certa plasticidade, conferindo o que em direito se chama de discricionariedade administrativa, quando o agente público encontra margem de escolha sobre a decisão final a ser tomada, ou seja, quando a lei não preestabelece a única medida possível de modo geral e absoluto. Há neles uma elasticidade e mesmo uma complacência - a tal

⁹⁷ Ver, por exemplo, os Recursos Extraordinários nº 198.506 / SP , nº 179.273 / RS e nº 229.164

plasticidade - a permitir que o tratamento jurídico, a decisão final, se adapte ao interesse público registrado no caso específico.

O coeficiente de aproveitamento do imóvel, por exemplo, pode ser ampliado além do valor básico fixado em lei, competindo ao Município, dentro das condições legais, analisar caso a caso se convém admitir sua ampliação ou não, mediante contrapartida do interessado. Ou ainda se tal ampliação se dará por transferência do direito de construir, pela qual, ocorre verdadeira permuta a partir de situação fática, sobre a qual o Município pretende intervir (proteção ambiental, regularização fundiária etc.). O licenciamento urbanístico submetido ao Estudo de Impacto de Vizinhança não tem seu resultado final predefinido pela lei; é a análise da situação específica da obra, do empreendimento ou da atividade que dirá se ela é aceitável ou não. Na operação urbana consorciada, admite-se a adoção de parâmetros especiais para conformar o regime jurídico do solo a um interesse mais específico e superveniente à fixação dos parâmetros gerais. Em todos esses exemplos, há nitidamente uma possibilidade de resolver o caso concreto a partir de suas peculiaridades, desde que observadas as balizas impostas pelo planejamento.

A maleabilidade necessária, diante da imprevisibilidade de boa parte dos fenômenos urbanos, até mesmo pelos inúmeros avanços técnicos, não é incompatível com o planejamento, como à primeira vista pode parecer. O Estatuto da Cidade definitivamente não vacila em reafirmá-lo; tanto é assim que, em relação aos instrumentos ali dispostos, faz consignar algum tipo de relação com o Plano Diretor, à exceção do Estudo de Impacto de Vizinhança. É preciso repensar, sim, o papel e o alcance do planejamento urbano

Apesar de me parecer praticamente forçosa, a discricionariedade na gestão do espaço urbano enseja, naturalmente, preocupações com o mau uso do poder decisório. Sempre há o risco de sua utilização em favor do proveito pessoal ou mesmo da manipulação dos instrumentos em prol da receita imediata que uma decisão administrativa possa gerar. Enfim, ficamos suscetíveis, na prática, à utilização descompromissada com o avanço social, sem o escopo de construir cidades mais justas e solidárias. É claro que, quando isso ocorrer, a validade da decisão comprovadamente viciada ficará prejudicada. Mas além de ser tantas vezes embaraçosa a comprovação da má-fé, a verdade é que mesmo com boa-fé são cometidos equívocos - e muitos -, como revela a expressão popular, segundo a qual "de boas intenções o inferno está cheio". A valorização da liberdade de gestão, associada à pressa e à complexidade dos nossos tempos, torna árdua a tarefa de reunir e processar as informações necessárias para a boa decisão: essa combinação é quase um convite ao erro.

Por isso parece fundamental dotar a sociedade de mecanismos de debate e de controle, capazes de gestar e, posteriormente, fiscalizar as grandes decisões relacionadas ao desenvolvimento urbano. Ao trabalhar pela causa da gestão democrática, o Estatuto da Cidade já manifesta tal direção, como, por

exemplo, ao exigir audiência pública com a população interessada nos processo de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (art. 2º, XIII). Se os riscos não são totalmente eliminados, e não o serão, é de se lembrar que a manutenção da rigidez legal, sem atribuir flexibilidade aos gestores, significa perpetuar e até agravar os inúmeros malefícios conhecidos, traduzidos na notória “anemia do direito urbanístico, enredado na contradição entre cidade legal e ilegal”.⁹⁸

Creio se estender para além da regularização urbanística e da segurança da posse, questões caras ao Estatuto da Cidade, a afirmação de que este Diploma Legal inverteu a equação até então vigente, assentado a máxima de que: “a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real”.⁹⁹

1.4 – O PLANO NACIONAL DE ORDENAMENTO TERRITORIAL

A previsão contida no artigo 21, inciso IX de nossa Constituição da República merece esclarecimento especial, haja vista afirmar-se ali a competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

O próprio fato de residir tal dispositivo em artigo que, pouco depois, determinará à União a competência para instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano (inciso XX) já parece depor no sentido de que ali, no inciso IX, a ordenação territorial não tem caráter tipicamente urbanístico, isto é não trata do planejamento e da gestão urbana intramunicipal. Por outro lado, dá a entender que as previsões podem ir além do simples estabelecer de diretrizes, tendo caráter auto-executável, o que se confirma com a determinação de competir à União executar tais planos.

O preceito em verdade parece se valer de distinção que vem da França, na qual o planejamento territorial (*aménagement du territoire*) denota a espacialização de políticas governamentais, as regionalizações, o planejamento regional e as políticas de descentralização, voltadas para a criação de uma malha urbana e distribuição de atividades econômicas em equilíbrio e harmonia ao longo do território nacional. Enquanto isso, os planos de urbanismo (*plans d'urbanisme*) dizem respeito ao processo de desenvolvimento urbano em sentido mais específico.¹⁰⁰

⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais**, edição citada, p. 58.

⁹⁹ Mais uma vez recorro ao fértil trabalho de Carlos Ari Sundfeld, desta feita, às páginas 59 e 60. A imagem é utilizada especificamente para comentar a diretriz relacionada à regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.

¹⁰⁰ SOUZA, Maria Adélia A. de. **O II PND e a política urbana brasileira: uma contradição evidente** In **O processo de urbanização do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2004, p. 120. Note-se que a mesma autora utilizava-se, na década de 1970 da denominação “Plano Nacional de

Essa sistematização é a melhor forma de compatibilizar o dispositivo com a partilha de competências em nossa federação, como faz observar Ives Gandra Martins, ao considerar que:

“No concernente à ordenação do território, entendo que tal competência está subordinada às exigências impostas pelo artigo 18, que dela cuida, não me parecendo tenha a União poder que supere o dos próprios Estados e Municípios de decidirem sobre seu perfil federativo. Sua competência de reordenação do território é, portanto, limitadíssima, visto que não pode fazê-lo contra o disposto no art. 18, e, pelo fato de não haver mais territórios no país....”¹⁰¹

1.5 – OUTRAS LEIS FEDERAIS CAPAZES DE CONFORMAR O APROVEITAMENTO DOS ESPAÇOS HABITÁVEIS

É oportuno analisar em separado a questão da competência legislativa federal, que, sem estar relacionada com a perspectiva urbanística, produz, no entanto, efeitos sobre a organização do espaço habitável, devendo conviver com as normas do Direito Urbanístico. Significa dizer que, em nome do meio ambiente, do sistema nacional de viação, do regime dos portos, bem como para a execução do serviço de navegação espacial, para citar alguns motivos, caberá à União regulamentar muitas vezes o uso e a ocupação do solo, ainda que o faça em escala mais específica, sem a pretensão de promover o desenvolvimento urbano.

Observa-se então campo submetido à verdadeira interseção de competências, fruto da extrema importância do espaço para a realização humana e – consequentemente – estatal. A questão aqui é examinar até que ponto essas normas federais influenciam e condicionam a elaboração do Plano Diretor.

Em verdade, tanto a promoção do desenvolvimento urbano quanto as atividades federais capazes de exigir determinada conformação do espaço habitável são instrumentos na persecução dos objetivos que constituem o Estado Federal brasileiro.¹⁰² Em alguns casos as respectivas normas jurídicas estarão a serviço de uma mesma finalidade, como por exemplo, da proteção ambiental ou da saúde pública. Seria correto aqui aplicar-se a lógica de que, tendo as diferentes normas (federal e municipal) objetivos idênticos, mereça prevalecer aquela que

Organização do Território” como peça voltada para “instrumentalizar o arcabouço urbano brasileiro (...) por meio de uma manipulação da rede e da hierarquia urbana brasileira” (p. 117).

¹⁰¹ **Comentários à Constituição do Brasil Promulgada em 5 de Outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1992 – Volume 3 Tomo 1 – p. 145 - 146.

¹⁰² A política urbana, por exemplo, está associada, entre outras coisas, à saúde pública, à integração social, à preservação do patrimônio histórico e do meio-ambiente e ao desenvolvimento econômico-social. Isso permite imaginar que as normas urbanísticas devam observar não só as normas gerais do Direito Urbanístico, mas também aquelas que cuidem de temas de preocupação convergente.

mais incisivamente promova o interesse constitucional em pauta. Tal posição é corrente em relação aos temas submetidos à competência legislativa concorrente, mas nossas Cortes Judiciais nem sempre seguem essa linha. É notável o dissenso entre doutrina e jurisprudência no tocante ao Direito Ambiental, por exemplo.¹⁰³

Nem sempre haverá a coincidência total entre os interesses defendidos na norma federal e na norma municipal. Quando ambas recaírem sobre o mesmo fato social, por exemplo, o uso ou ocupação de um determinado imóvel, restará ao intérprete elucidar qual dos tratamentos propostos tem o condão de trazer maiores proveitos à coletividade. Essa análise não é certamente fácil, onde critérios possam ser estabelecidos a priori. A idéia de benefício tem que ser apreciada sempre pelo filtro dos objetivos para os quais nossas entidades governamentais são criadas. Antes mesmo de buscar a solução desses casos é importante retomar aqui, em caráter preliminar, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, naquilo em que se traduzem como proibição do excesso. Havendo alternativas para se obter o mesmo resultado, cumpre adotar aquela de menor impacto negativo, seja em seus efeitos diretos ou mesmo colaterais. A busca da menor ingerência possível serve tanto para o legislador quanto para o administrador público e se aplica também para proteger o espaço político destinado aos membros de nossa Federação.

Descabe, portanto, achar totalmente natural e aceitável que a disposição contida em lei federal possa livremente dificultar ou mesmo inviabilizar o desenvolvimento socioeconômico do Município, que há de buscar a própria sustentabilidade.

Voltando ao mérito da discussão proposta, revela-se fundamental lançar mão do método de interpretação concebido no Direito Constitucional denominado de “ponderação de interesses” ou “ponderação de bens”.

A pluralidade de fundamentos, valores e objetivos que compõem uma sociedade reflete-se em sua Lei Maior. Cumpre ao legislador infraconstitucional e ao administrador público muitas vezes a tarefa de encontrar o ponto ótimo, ou o justo meio, que equilibre vetores constitucionais incidentes sobre o mesmo fato social na hora de conformar seu tratamento jurídico. A um mesmo tempo, por exemplo, ele pode tocar o desenvolvimento urbano, a proteção ao meio ambiente e a execução de serviço público, cada qual a exigir tratamento específico, nem sempre compatíveis entre si. Notadamente, a dificuldade desse método é potencializada pelo fato de alguns “vetores” do nosso sistema jurídico tenderem à antinomia, sem que exista maior liberdade para eleger a supremacia de um bem sobre outro; com efeito, inexistente a ordenação abstrata de bens constitucionais: em

¹⁰³ A título de registro da posição doutrinária, recomenda-se consultar a obra de Paulo José de Leite Farias, **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 324 - 366. Acerca das decisões judiciais, para limitar ao âmbito do STF, sejam citadas as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 2396 / MS e nº 3035 MC / PR.

regra, eles não estão postos em regime hierárquico. De igual modo, nossa Carta Constitucional não elege o interesse federal como predominante em relação ao estadual ou municipal.

Alguns conflitos desse tipo sequer precisam ser imaginados: são colhidos no dia a dia. Por exemplo, as restrições de uso e ocupação do solo provocadas por normas federais concebidas para assegurar o transporte aéreo de passageiros, hipótese vivenciada nos locais onde estão os aeroportos, por vezes inviabilizam a vocação vista pelo Município para o adensamento de uma determinada área; ou então quando essa mesma pretensão municipal esbarra em limitações decorrentes do interesse de proteção ao ambiente natural ou ao patrimônio histórico.

Como contextualiza José Joaquim Gomes Canotilho, “as idéias de ponderação (*abwagung*) ou de balanceamento (*balacing*) surge em todo o lado onde haja necessidade de “encontrar o direito” para resolver “casos de tensão”.¹⁰⁴

Note-se que tratamos, por ora, de leis editadas com respeito às competências estabelecidas na Magna Carta, portanto, formalmente constitucionais, e que não chegam a confrontar materialmente qualquer dispositivo magno. A máxima muitas vezes adotada para resolver tais conflitos afigura-se realmente indefensável: a lei federal não deve necessariamente prevalecer sobre a lei estadual e/ou municipal. E não deve prevalecer porque, a par de não estar tal solução disposta em nossa Carta Constitucional, não será obrigatoriamente a lei federal aquela que melhor cuidará dos objetivos estabelecidos como constituintes de nosso Estado Federal.

É fácil perceber que a necessidade de ponderação decorre do princípio da concordância prática ou da harmonização, que, segundo o mesmo publicista português, “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.¹⁰⁵ Do mesmo modo que não se deve sacrificar o desenvolvimento urbano em prol de uma atividade federal, a recíproca também é verdadeira. O fundamental é ver as alternativas possíveis para o caso concreto, de modo que os dois interesses existentes e legítimos possam se materializar, ainda que um seja mitigado pelo outro.

Propondo a questão sob a ótica de nosso Estado Federal, na ponderação deverá ser dada a maior vazão possível aos objetivos que estão por trás das competências dos entes federativos, os quais, na verdade, justificam não só qualquer ação das entidades estatais, como a própria existência delas.

Em última análise, a questão parece envolver, na maior parte das vezes, dois dos objetivos fundamentais de nossa República Federativa dispostos: a

¹⁰⁴ *In* **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1109.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 1098

garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a erradicação da pobreza.¹⁰⁶ É viável até argüir a inconstitucionalidade de norma federal que condene o Município à estagnação e também a norma municipal que impeça o desenvolvimento nacional. Estaria assim resolvido o conflito de normas, só aparentemente existente. Convenhamos, porém, que seria raro chegar a esse extremo. De qualquer sorte, mesmo nos casos mais corriqueiros, aqueles objetivos parecem indicar o norte para o intérprete, que deverá pesar, diante da situação em exame, até que ponto o interesse nacional pode dificultar o desenvolvimento pretendido pelo Município e vice-versa.

O primado do desenvolvimento nacional, a convocar o apoio dos Municípios, sempre implicará a presunção em favor da disposição federal, pois, ao menos em tese, ela será formulada para assegurar o interesse da nação, perpassando a questão local. A presunção, inegavelmente, existe, mas não é absoluta.

Somente a apreciação das normas postas e do caso concreto é que permitirá a revelação plena sobre os efeitos decorrentes de cada dispositivo e o âmbito da respectiva aplicação; o que cabe reafirmar, em caráter geral, é a inexistência de solução para resolver conflitos entre mandamentos legais a partir de uma suposta ordem hierárquica em nossa Federação. A Lei Federal não está necessariamente sempre acima da lei municipal, conformando-a. Em última análise, cumprirá aos nossos Tribunais, especialmente à Suprema Corte, a palavra final.

1.6 – A LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA ESTADUAL

1.6.1 – A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA ESTADUAL SOBRE DIREITO URBANÍSTICO

Consoante o exposto no artigo 24, inciso I de nossa Lei Maior, os Estados-membros participam da competência para legislar sobre Direito Urbanístico. O critério para compreender o alcance de sua participação não é outro, senão considerar até que ponto merece prevalecer o interesse estadual sobre a questão.

Em primeiro lugar, é evidente que esse interesse também há de se conformar com as diretrizes nacionais para o desenvolvimento urbano. Com efeito, suas disposições deverão estar em harmonia com a lei nacional, sem ocasionar qualquer tratamento em manifesta contradição com as normas editadas pela União e muito menos com aquelas abrigadas diretamente no texto constitucional. O Direito Urbanístico forma sistema em cujo topo habitam os preceitos

¹⁰⁶ Artigo 3º, II e III

constitucionais que de algum modo abordam o tema; a seguir, vem a legislação federal – nas balizas estabelecidas pela Constituição brasileira - a dispor as diretrizes para todas as demais; a norma estadual, por sua vez, condicionará as diversas legislações municipais em seu território.

Assim como as normas federais relativas ao desenvolvimento urbano têm limite severo quanto ao alcance, as normas estaduais também o terão, havendo de se observar a competência municipal que é reservada - e com destaque - pela Carta Constitucional. Não cabe, pois, ao legislador estadual complementar livremente a legislação federal, só devendo fazê-lo até o ponto em que o desenvolvimento urbano seja assunto eminentemente estadual.

O reconhecimento dessa competência se dá em apreço à realidade particular que cada Estado-membro apresenta em relação à composição de seu território e de sua população. Cada qual apresenta peculiaridades sociais, econômicas e culturais, resultantes de diferenças geográficas e mesmo da formação étnica e histórica de sua população. É para permitir esse saudável exercício da diferença que se estabeleceu a competência legislativa concorrente pela Constituição de 1988, na qual ao governo federal só cumpre editar normas gerais, uma espécie de espinha dorsal do Direito Urbanístico. Como não poderia deixar de ser, é o respeito às peculiaridades estaduais que constitui a razão de ser da legislação estadual urbanística.

Não se entenda, porém, que a legislação urbanística estadual seja fruto apenas de extravagâncias. Há situações estaduais corriqueiras a exigir homogeneidade mais específica que aquela corrente em todo o país. É forçoso entender que a legislação nacional zela pelo nivelamento a partir da realidade do território e população brasileiros, o que nem sempre será bastante para os Estados-membros, considerados em particular. Um Estado agraciado com grande quantidade de rios e florestas pode se sentir legitimamente mais preocupado com a instalação e o exercício de atividades poluentes. Da mesma forma, um Estado que ainda tenha significativa parte de sua população vivendo em área rural terá necessidade de trabalhar mais detidamente com essa realidade, extraindo dela os valores a cuidar e os males a combater; além disso, o possível processo de urbanização a ocorrer, ou já em curso, apresentaria, talvez, conformação mais fácil.

A verdade é que a questão urbanística de cada Município também tem que ser sistematicamente tecida à luz da comunidade estadual, naquilo que excede o disposto pela comunidade nacional. Se admitirmos que, ainda assim, o Município é o único ente autorizado a promover a política de desenvolvimento urbano, notaremos que à legislação estadual restará papel análogo àquele exercido pela legislação federal.

De fato, não cabe ao Estado-membro executar propriamente a conformação urbana. Nas palavras de José Afonso da Silva, “não será adequado,

ao Estado, o exercício de função urbanística de efeito direto e concreto intra-urbano”.¹⁰⁷ Significa dizer: descabe à entidade estadual imprimir diretamente as características aos espaços habitáveis, em vista do desenvolvimento urbano desejado.

É de se concluir que os Estados estejam habilitados a complementar as normas gerais federais, continuando, porém, a manter o espírito de uma legislação mais condicionadora de outras leis do que propriamente definidora de situações jurídicas concretas, com a única diferença evidente de ser inspirada não pela realidade nacional, mas pela estadual. Apenas excepcionalmente, diante de fator claro e inequívoco para proteção da comunidade supramunicipal, parece possível defender normas estaduais de efeito mais concreto e imediato sobre a realidade urbana.

Oportuno destacar a proporcionalidade que deve haver entre a atuação estadual para definir e promover o desenvolvimento urbano e a competência legislativa que lhe é atribuída. Cumpre frisar: não cabe ao Estado-membro realizar o planejamento urbano propriamente dito, tampouco promover a política de desenvolvimento urbano de modo sistemático. No máximo, adotará ações, aqui e ali, convergentes com a causa urbanística. Destarte, não lhe é dado definir como efetivamente se dará o desenvolvimento urbano, sob pena de interferir na competência municipal. Assiste-lhe impor diretrizes, fazendo-o com o escopo de zelar pelos valores comuns à comunidade estadual.¹⁰⁸

Em caráter excepcional, serão aceitáveis normas que diretamente definam um rumo ao desenvolvimento urbano ou conformem uma questão tipicamente urbana, isto é, normas aplicáveis diretamente para reger determinado fato urbanístico.

Tende a ser mais fácil admitir, nesse contexto, normas proibitivas, que acabam funcionando como verdadeira baliza, pois se determinam um impedimento (um não-fazer), costumam deixar em aberto um leque amplo quanto ao que pode ser feito. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, proíbe as construções e edificações sobre dutos, canais, valões e vias similares de esgotamento ou de passagem d'água.¹⁰⁹ Evidentemente, mesmo diante da vedação, sobram ainda inúmeras alternativas para o Município lidar com a construção em seu território. É ele quem continua no comando do desenvolvimento urbano, precisando observar os limites impostos no âmbito nacional ou estadual. Mas fique bem claro: nem toda norma estadual proibitiva será necessariamente aceitável, devendo demonstrar-se a legitimidade do interesse estadual para lidar com a questão, sem ferir a autonomia local.

¹⁰⁷ *In Direito Urbanístico Brasileiro*, edição citada, p. 113.

¹⁰⁸ É possível considerar aqui também a questão do desenvolvimento de políticas setoriais, pelo Estado-membro, que demandem especial organização do solo urbano. A questão ocorre à semelhança do que já foi visto ao analisar a competência federal, fato que tornam despidiendas novas considerações.

¹⁰⁹ Art. 231, §6º, I.

Mais complexo é defender a possibilidade de norma estadual impor obrigação de fazer ao Município, para assegurar, em contrapartida, direito ao cidadão, no tocante ao desenvolvimento urbano. A instituição de direitos exclusivamente provenientes da legislação de cada Estado-membro no tocante ao Direito Urbanístico será bastante controversa em nossa República Federativa. Afigura-se mais razoável compreender que aos Estados-membros caiba eventualmente adaptar e reforçar as proteções existentes na Constituição e na legislação federal, sem propriamente criar direitos de outra natureza.

A título de demonstrar as dificuldades de aceitação desse tipo de norma estadual, merece registro o voto do Ministro Carlos Velloso, na Medida Cautelar da ADIn nº 390-9; tinha-se ali por objeto a norma de lei complementar paulista voltada para assegurar aos distritos municipais a manutenção da respectiva extensão territorial, impedindo mudanças futuras pela legislação local. O relator considerou que

“Nessa autonomia municipal inclui-se, vimos de ver, a competência conferida aos Municípios para criar, organizar e suprimir distritos, observada, entretanto, a legislação estadual (C.F., art. 30, IV) e a faculdade de promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (C.F., art. 30, VIII).

Esta última faculdade conferida aos municípios, que diz respeito ao planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, para o adequado ordenamento territorial (C.F., art. 30, VIII), põe-se no campo do interesse local, ao que me parece. Não obstante, relaciona-se com o direito urbanístico, pelo que está sujeita a normas federais e estaduais (C.F., art. 24, 1).(....)

Uma e outra competência, já falamos, sujeitam-se a normas de entidades políticas outras: a do inc. IV do art. 30, à legislação estadual; a do inc. VIII do art. 30, a normas estaduais e federais (C.F., art. 24, 1). Essas normas, entretanto, deverão ser gerais, em forma de princípios, sob pena de tornar inócua a competência municipal, que constitui exercício da capacidade autônoma dos municípios. A interpretação sistemática da Constituição impõe tal conclusão”.¹¹⁰

¹¹⁰ Os demais Ministros enveredaram por outra análise, sem discutir claramente a questão da autonomia municipal e acabaram não concedendo a liminar (v. RTJ 146/741). Em outro julgado, também relacionado à criação de distritos, foi admitida premissa parecida sobre os limites da competência legislativa estadual, ao se afirmar que “as normas das entidades políticas diversas -- União e Estado-membro -- deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional” (ADI nº 478-SP). Cite-se, ainda, a ADI nº 30, onde se afirma novamente que “a legislação estadual deve ficar restrita ao estabelecimento de normas gerais, em forma de princípios”.

Pois bem, a legislação estadual precisa cercar-se de cuidados para não ferir o espaço reservado ao Município, reconhecido pela Carta Constitucional, como a entidade responsável pelo ordenamento do parcelamento, uso e ocupação do solo.

1.6.2 – A SITUAÇÃO ESPECIAL DIANTE DA REGIÃO METROPOLITANA, AGLOMERAÇÃO URBANA E MICRORREGIÃO

A Constituição de 1988, em seu artigo 25, § 3º estabeleceu a competência estadual para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, congregando Municípios limítrofes; em linhas gerais, o objetivo é sempre o mesmo: integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A região metropolitana é figura já conhecida em nosso ordenamento jurídico, sendo objeto de preocupação constitucional desde a Carta Política de 1967; verifica-se quando um conjunto de Municípios adquire notória interdependência em suas áreas urbanas, sendo que um deles em especial se torna importante referencial para a vida sócio-econômica dos demais. É o caso típico das grandes capitais estaduais, como São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Belo Horizonte, Recife, Belém, Curitiba e Porto Alegre. Há quem sustente ser fundamental, nesses casos, a conurbação, ou seja, a continuidade física da malha urbana, cruzando mais de um Município.¹¹¹ Por microrregião tem se entendido a situação na qual Municípios limítrofes apresentam vida socioeconômica extremamente interligada, onde uma série de questões demanda tratamentos comuns, inclusive no campo da organização físico-social.¹¹² O conceito de aglomeração urbana ainda não se encontra devidamente assentado, ao menos nos estudos jurídicos, mas é forçoso imaginar tratar-se de fenômeno associado à conurbação.

Como se nota, são situações decorrentes da urbanização intensa, a criar identidade entre núcleos urbanos vizinhos, que, embora com vários interesses comuns, se encontram divididos pela organização política em Municípios próprios. Por uma questão de bom senso, houve por bem o legislador constituinte tratar com cuidado especial tal ocorrência, ante a necessidade de se trabalhar com visão conjunta; entendeu-se ser equivocado que, em apreço à organização política em Municípios, pudesse cada qual tratar da questão tipicamente local, adstrita aos respectivos territórios, quando no fundo haveria realidade integrada e interurbana a demandar tratamento uniformizado ou pelo menos compatível.

O desafio maior, no entanto, é saber como conduzir a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum. Ou seja, a principal questão é analisar se cumpre aos Estados-membros definir por completo

¹¹¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 568.

¹¹² Idem

o enfrentamento dessas situações, impondo suas decisões aos Municípios, ou se, em virtude da autonomia municipal, assistiria à comunidade local participar do processo decisório a ocorrer em escala supramunicipal. Há até quem advogue que a inserção do Município em região metropolitana dependa de sua anuência.¹¹³ O assunto tem suscitado controvérsia, e os legisladores constitucionais estaduais tem demonstrado entendimentos diversos para tratar do assunto.

Não chega a ser difícil compreender a complexidade relativa às regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. A demanda tipicamente urbana costuma ser de interesse local. O mesmo se aplica à promoção do desenvolvimento urbano, pois cada Município comporta sua cidade. No entanto, os fenômenos destacados neste tópico fazem que certas situações transbordem os lindes do território municipal. Algumas decisões tradicionalmente remetidas ao Poder Público local passam a afetar sensivelmente a estrutura das municipalidades vizinhas; com isso deixam de ser de interesse predominantemente local. O sistema viário intramunicipal, por exemplo, em cidades interligadas física e dinamicamente requer olhar mais amplo para bem servir à população.

Em verdade, tal inter-relação é também vivenciada no uso do solo. Não adianta muito que um Município isole determinado uso inconveniente, protegendo seus habitantes, se com essa decisão criar entraves ou incômodos para municipalidades vizinhas. Apanhe-se aqui o exemplo do zoneamento industrial: a definição de sua localização permite afetar profundamente a vida de Município limítrofe, cuja área urbana seja contígua ao local ocupado pelas indústrias de seu vizinho; aliás, se nessa hipótese cada municipalidade decidisse livremente pelo zoneamento de seu território, poderia ser gerado um quadro caótico. Impõe-se a visão conjunta, de modo que a atividade de planejamento urbano municipal necessita ficar condicionada ao interesse metropolitano.

Entretanto, isso não representa o total alijamento da autonomia municipal. Em primeiro, lugar não se deve entender como ampla a discricionariedade para as autoridades estaduais instituírem as áreas em questão. Pelo contrário, elas dependem de situação fática notória, a qual basicamente será atestada por lei para que, a partir de então, possa o fato merecer tratamento jurídico diferenciado. Em segundo lugar, as funções públicas de interesse comum também serão objeto de constatação com base na realidade concreta e não serão eleitas pela livre decisão das autoridades envolvidas. Em princípio, a própria ocupação do solo, por exemplo, não parece poder ser facilmente inserida nesse rol. Em terceiro lugar, concordo com a corrente doutrinária segundo a qual os Municípios integrantes de uma dessas regiões necessitam ter voz ativa, isto é, direito de voto, sobre as deliberações de interesse comum.¹¹⁴

¹¹³ MUKAI, Toshio. **Direito e Legislação Urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 193.

¹¹⁴ Registro especialmente o notável artigo **Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas Dimensões Constitucionais da Organização do Estado Brasileiro**, de Alaor Caffé Alves, *In* **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998

Ao participarem da estrutura que irá reger a região metropolitana, ou a microrregião, ou ainda as aglomerações urbanas, as autoridades municipais prosseguirão expressando a vontade da comunidade política abrangida pelo território de cada Município envolvido, ainda que não seja assegurada, para cada qual, a completa autodeterminação das funções públicas de interesse comum. Note-se que tais funções não deixam de ser imprescindíveis para as comunidades locais e muitas vezes continuarão a ser executadas pelos próprios governos municipais; apenas suas causas e seus efeitos estão contidos dentro de estrutura mais abrangente, demandando tratamento integrado.

Em tal quadro, parece pertinente que se forme um colegiado agregando autoridades designadas pelos Municípios afetados. Isto, fique bem claro, não enseja a criação de novo tipo de entidade política. O silêncio constitucional indica inexistir um quinto ente federativo. A gestão da região metropolitana ou das demais figuras deverá se dar através de órgão estadual, integrado por representantes municipais, que deliberará sobre a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum, o que pode incluir o desenvolvimento urbano.

Por isso mesmo, registra-se aqui um campo mais significativo para a legislação estadual condicionar a elaboração dos Planos Diretores locais. Por sinal, há leis estaduais que chegam a prever a elaboração do Plano Diretor Metropolitano, algo a ser visto com cautela, pois como se observou, mesmo nesses casos a competência estadual é limitada e não avoca, indiscriminadamente, a decisão de interesse local para outro fórum.¹¹⁵

1.7 - PLANO DIRETOR E A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

Outrossim, no próprio âmbito municipal, o Plano Diretor deve observar as condições gerais estabelecidas na Lei Orgânica, que é a Lei Maior do Município. Não obstante essa primazia local ser conferida pela Constituição da República, é necessário fazer aqui algumas ressalvas importantes. Se pudesse a Lei Orgânica livremente avançar sobre o tema, estaria em risco o condicionamento do Direito Urbanístico ao planejamento urbano contínuo e da necessária participação popular nesse processo. Parece-me a Lei Orgânica o local indicado, não necessariamente o único, para se conceber condições especiais para a elaboração do Plano Diretor, assegurando a cooperação de entidades representativas. Avanços quanto ao conteúdo da política urbana, porém, são questionáveis diante das condições especiais de validade na elaboração das normas urbanísticas, principalmente no tocante à vinculação à atividade planejadora e à participação popular nesse processo.

¹¹⁵ Ver art. 5º, I da Lei Complementar Estadual nº 87/97 que cria a região metropolitana do Rio de Janeiro.

Ao mesmo tempo em que o Plano Diretor precisa observar um conjunto significativo de normas, ele também deve ser reverenciado por outras.

Se o planejamento se faz através do método dedutivo, partindo do geral para o específico, é forçoso concordar que o Plano Diretor figure como instrumento básico do Direito Urbanístico local. Isso significa, entre outras coisas, identificá-lo como fundamento de validade das demais normas urbanísticas, tal qual a Lei de Uso e Ocupação do Solo, a Lei de Parcelamento do Solo para Fins Urbanos, o Código de Edificações etc.. A compatibilidade com o Plano Diretor não é uma conveniência, nem uma requisição da lógica do planejamento: claramente após a Constituição Brasileira de 1988, tornou-se exigência jurídica. Mesmo que todas as normas possuam a mesma forma legal (lei complementar ou ordinária), o tratamento dado ao Direito Urbanístico excepciona a regra segundo a qual a lei de igual natureza modifica ou mesmo revoga a anterior quando trata do mesmo assunto. O Plano Diretor não pode ser revogado, alterado nem excepcionado por qualquer outra lei local, por mais específica que seja para tratar de determinado assunto.

Há aqui semelhança com outro campo onde o planejamento é referência para a elaboração de leis: o Direito Financeiro. Como é amplamente conhecido, o Plano Plurianual condiciona a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e ambos, a Lei Orçamentária Anual. Esta última não pode simplesmente ignorar ou mesmo inovar em relação às previsões das outras duas. Caso se verifique necessidade de mudança da rota planejada, haverão de se modificar diretamente as leis condicionantes, para só então a Lei Orçamentária passe a contemplar ação que, do contrário, estaria em desconformidade com o Plano Plurianual e/ou com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

A propósito, a ascendência do Plano Diretor não se esgota em relação às leis urbanísticas. Ao expressar sua integração ao processo de planejamento municipal, o Estatuto da Cidade conferiu-lhe posição de destaque: suas diretrizes e prioridades devem ser incorporadas pela legislação financeira (art. 40, § 1º). Essa previsão é importantíssima para conferir maior exeqüibilidade aos mandamentos do Plano Diretor no tocante às ações municipais ali previstas. Com ela, passa a ser exigível que as normas financeiras locais sejam feitas de modo a viabilizar as medidas determinadas pelo instrumento básico do desenvolvimento urbano, sob pena de invalidade. O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual devem dar vazão ao Plano Diretor, permitindo sua maior efetividade prática, pois as ações atribuídas aos órgãos e entidades públicas evidentemente dependem da disposição de recursos públicos.

É preciso aqui observar duas questões em relação a essa inovação. Em primeiro lugar, para que ela se concretize satisfatoriamente, será necessário que o próprio Plano Diretor assuma caráter mais taxativo quanto às ações públicas desejadas. Deverá apontar de modo afirmativo as ações municipais, elegendo expressamente prioridades, como, por exemplo, a regularização urbanística de

determinada área, a instalação de equipamentos urbanos/comunitários ou a recuperação ambiental de outra porção do território; na medida do possível, será conveniente até mesmo estabelecer prazos para início e/ou conclusão dessas medidas. Do contrário, se o Plano não tem densidade suficiente para esclarecer quando a ação se faz exigível, como cobrar sua inclusão na legislação financeira local?

A segunda questão a ser destacada é que tal vinculação não chega a assegurar, por completo, o fim do “plano-discurso”. Avança contra essa tradição, mas elimina totalmente o risco de prosseguirmos nesse estágio. Isto porque a legislação orçamentária no Direito Brasileiro é de cunho meramente autorizativo, ou seja, não obriga por si só a realização da despesa prevista. Com isso, não se assegura que a ação prevista (e autorizada) venha a ser necessariamente executada. Ainda assim é um passo à frente, até porque impedirá que sejam contempladas despesas não concebidas no Plano Diretor, enquanto as ações ali decididas e desejadas ficam de fora do orçamento local.

1.8. – O PLANO DIRETOR E A ABRANGÊNCIA DE TODO O TERITÓRIO MUNICIPAL

Antes mesmo do Estatuto da Cidade, já dominava a idéia de que o Plano Diretor não ficasse adstrito à parcela do território municipal destinada à urbanização. Seria imprescindível alcançar também a área rural, dando conta do desenvolvimento em todo território local. Essa compreensão manifesta-se em vários Planos Diretores da década de 1990; até mesmo a Constituição do Estado de São Paulo já professava determinação nesse sentido.¹¹⁶ Ainda hoje, porém, o assunto rende discussões e requer, por isso mesmo, atenção especial.

Desde há muito é possível enxergar tendência à dicotomia entre campo e cidade. Lewis Mumford registra que entre os gregos já havia uma desconfiança dos camponeses e fidalgos possuidores de terras contra o comerciante e o banqueiro, personagens da cidade, no século VI a.c.¹¹⁷ Mais conhecida ainda é a diferenciação traçada na Idade Média, quando a cidade era o único local onde poderia ocorrer a libertação do jugo muitas vezes ferrenho do senhor feudal, o que em muitos ocasiões acirrou conflitos e ocasionou o isolamento urbano. No processo de urbanização brasileira, ao longo do século XX, é notória a polarização entre campo e cidade, e isso se deu em vários aspectos, desde o estilo de vida às disputas pelo papel central no desenvolvimento econômico e pelo apoio do Estado. Em cada um desses processos vê-se a luta de afirmação ou mesmo de ascensão de uma classe socioeconômica perante outra, cada qual com sua base territorial distinta. Nem a dicotomia, nem a ideologia que a sustenta merece prosperar.

¹¹⁶ Art. 181, § 1º.

¹¹⁷ *In A Cidade na História*, edição citada, p. 149.

Cidade e campo, conquanto possam apresentar ainda realidades parcialmente distintas, não têm destinos separados. Mais que isso: são irremediavelmente interdependentes, desde o momento em que houve o excedente de produção agrícola, criando a oportunidade de troca; que dizer, então, nos dias atuais... Não há que se pensar em superação de um pelo outro. Campo e cidade relacionam-se com o momento histórico de formas distintas, é verdade, mas que podem e devem ser associadas em prol do bem-estar comum. A dicotomia entre urbano e rural até corresponde a formas de relação social e expressões culturais, mas, como discorre Manuel Castells, tudo se encontra ligado à mesma estrutura comum, onde os efeitos em um dos pólos são determinados pela articulação com o outro.¹¹⁸

Para o tempo presente, segundo Milton Santos, há também no campo – talvez até mais radicalmente – a invasão da técnica racional sobre os conhecimentos locais. Isso parece intensificar a associação entre campo e cidade. “Criam-se novos modelos de ação e novas sociabilidades que também estão na raiz das novas formas de urbanização: as cidades tornam-se depósitos dos novos elementos do trabalho agrícola e pólos de sua regulação”.¹¹⁹ A urbe faz-se presente na vida rural em vários aspectos. O capital tecnológico deve estar à mão para atender aos reclamos de cada etapa de produção; o capital financeiro, por sua vez, precisa prover os produtores, com os recursos indispensáveis; não se esqueça ainda do capital de conhecimento, imprescindível para uma agricultura baseada na ciência. Tudo isso tem um tempo exato para correr, a demandar sincronia e contato permanente. Afora esses aspectos mais contemporâneos, estão lá ainda no espaço urbano a oferta mais ampla de educação especializada, saúde, lazer e segurança, que a população rural também requisita. Na observação de Milton Santos a cidade tem perante a área rural, um duplo papel: o de regulador do trabalho agrícola e o de ser a sede de uma “sociedade local compósita e complexa, cuja diversidade constitui um permanente convite ao debate”.¹²⁰

Diante de tudo isso, nem os habitantes da área rural podem fugir do debate sobre a organização dos espaços habitáveis e dos meios de alcançar os objetivos pretendidos, nem esse debate pode excluir as áreas rurais do Município.

Não é de se estranhar, pois, que o Estatuto da Cidade expresse o dever do Plano Diretor de abranger o território do Município como um todo.¹²¹ Em verdade, tem-se aí uma forma de assegurar a diretriz da chamada política urbana que exige “integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência”.¹²²

¹¹⁸ In **A Questão Urbana**, edição citada, p. 87.

¹¹⁹ In **A Natureza do Espaço**, edição citada, p. 305

¹²⁰ In **Por uma Outra Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 91 - 92.

¹²¹ Art. 40, § 2º.

¹²² Art. 2º, VII.

Os dispositivos contribuem para afirmar a competência do Município no tocante a legislar sobre a área rural, mas a paz completa ainda não reina sobre o tema.¹²³

Há algum tempo a obra de Hely Lopes Meirelles sustenta que o Plano Diretor deva ser “a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto campo-cidade”.¹²⁴ Na mesma linha já transitavam José Afonso da Silva e Nelson Saule Júnior, antes mesmo do Estatuto da Cidade.¹²⁵ O próprio entendimento de o Direito Urbanístico ser voltado à organização dos espaços habitáveis leva a compreensão mais ampla sobre o alcance do Plano Diretor.

É necessário, porém, diagnosticar a diferença entre as competências municipais para legislar sobre a área urbana ou urbanizável e a área rural, o que certamente precisa ser observado pelo Plano Diretor.

Se a competência municipal para o Direito Urbanístico merece ser chamada de preponderante, é à União que compete legislar privativamente sobre direito agrário (art. 22, I da CRFB). O objeto do Direito Agrário pode ser compreendido como toda ação humana orientada no sentido do aproveitamento da terra para obter frutos e produtos, a partir da natureza orgânica, isto é, das fontes produtivas naturais.

Fique bem claro que uma coisa é o direito agrário, outra o solo rural, uma vez que este último não se limita a ser objeto isolado do direito agrário. Descabe ao Município legislar, de modo frontal e direto, sobre a atividade relacionada ao setor primário da economia, com o objetivo de discipliná-la em seus vários aspectos; não lhe assiste em condições normais, fixar o módulo rural, a divisão do solo para fins agrários, ou mesmo impor zoneamento mais detalhado de atividades, à guisa do que ocorre na área urbana, para compatibilizar os usos e ocupações em perspectiva mais ampla. De modo geral, a doutrina costuma descartar a possibilidade de o Município regular o uso do solo rural, sua exploração econômica.¹²⁶ Mas mesmo isso requer ressalvas, pois eventuais malefícios que a atividade agrária possa provocar sobre questões a serem protegidas e/ou promovidas pelo Município estarão ao alcance, sim, da legislação local. Pense-se, por exemplo, na hipótese de cultura agrícola próxima à malha urbana que coloque em risco a saúde da população, ou mais especificamente o

¹²³ Registre-se, por exemplo, que um autor da envergadura de Diógenes Gasparini afirma que a zona rural é inalcançável pelo Plano Diretor. *In O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002, p. 202.

¹²⁴ *In Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 393.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, edição citada, p. 124.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997, p. 149 - 152.

¹²⁶ É o que observa Carlos Ari Sundfeld, *In O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais*, edição citada, p. 49 – 50; e Jacinto Arruda Câmara, *In Plano Diretor, In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 312 - 313.

serviço de abastecimento de água. Parece inequívoca aqui a competência municipal para proibi-la ou, ao menos, impor restrições para minimizar seus riscos.

Para deslinde dessa discussão, o fundamental será compreender o interesse local sobre as áreas rurais, o que costuma variar conforme a realidade de cada Município.

Mesmo assim, em linhas gerais, a integração campo-cidade é sempre vital para a comunidade, tanto a residente na área urbana, quanto aquela da área rural. Não há dúvidas que, para tal mediação, o Município é a entidade mais indicada. A própria definição do perímetro urbano e a eventual existência de área de transição são elementos fundamentais para o destino das áreas rurais. É nítida também a necessidade de acolher a área rural na concepção dos sistemas viário e ambiental.

Além disso, é fundamental que o Município assegure a toda a população, onde quer que ela resida no território municipal, a satisfação de necessidades básicas. Isso passa pela prestação de serviços públicos e políticas setoriais na área rural, como mais claramente é o caso do transporte coletivo, da assistência à saúde e do ensino público; não se deve descartar, conforme o caso, os serviços ligados ao saneamento e à habitação, especialmente nos pequenos povoados e vilas. Tudo isso pode ter rebatimento no Plano Diretor, entre outras coisas, para orientar a distribuição de equipamentos comunitários e das ações públicas (programas, projetos etc.).

Talvez por excesso de prudência, o que não deixa de ser um mal, alguns Municípios terminam por prever para a área rural apenas medidas ligadas aos serviços públicos a serem oferecidos e ao incentivo das atividades agropecuárias ou extrativistas. Tais ações certamente são devidas e precisam ser planejadas, mas não é só nessa esfera que se contém a competência municipal.

A título de ordenação do espaço rural, cumpre enfrentar as questões com reflexo sobre o equilíbrio ambiental e a saúde pública, que desconhecem as fronteiras desenhadas pela mente humana. É perfeitamente aceitável a restrição ou condicionamento pelo Município sobre determinadas práticas agrícolas, como as queimadas, ou o uso de produtos capazes de prejudicar a vida de seus habitantes. Trata-se aqui de fazer valer a atribuição municipal de legislar sobre o interesse local e não pode haver dúvidas sobre a inserção do Poder Público local também nessas matérias situadas dentro da competência legislativa concorrente. Esses assuntos, como se verá mais à frente, são próprios do Plano Diretor.

Uma medida utilizada por alguns Municípios consiste em subdividir não apenas as áreas urbanizáveis, mas também as zonas destinadas às atividades tipicamente rurais. Aqui ou ali verifica-se até a definição de alguns parâmetros de aproveitamento do solo rural, o que quase sempre propicia controvérsias. Por isso mesmo, merecem registro as decisões judiciais determinando a observância de

normas municipais que fixam área mínima das glebas para fins rurais ¹²⁷ ou restringem o exercício de atividades nessas localidades.¹²⁸

Mesmo com esses julgados, certamente o Município há de ter cautela, pois em relação às atividades agrárias seu poder de polícia – restrição à liberdade (e à propriedade) individual - é mais limitado. Não deixa de causar certa apreensão a previsão do Plano Diretor de Araguari quanto à elaboração de “Plano Diretor de Desenvolvimento Rural, disciplinando o uso e ocupação do solo na área rural, através do mapeamento da sua vocação por região”.¹²⁹

O encaixe das unidades de conservação ambiental no Plano Diretor também vem se prestando a ocasionar certa complexidade. Não são típicas áreas rurais e, conforme o caso, também não serão áreas próprias para o aproveitamento urbano. Sobretudo as chamadas unidades de proteção integral (parques ambientais, estações ecológicas etc.)¹³⁰ contam com estatuto muito restritivo, praticamente inconciliável com as típicas normas urbanísticas de uso e ocupação do solo, até porque são extensas áreas não edificáveis e mais do que isso, onde a flora e a fauna devem ser preservadas de modo pleno. Por isso, acabam parecendo infensas à legislação urbanística e até mesmo ao Plano Diretor. Por outro lado, e para tornar a abordagem mais complexa, outras unidades de conservação convivem muito bem com as normas urbanísticas, merecendo evidentemente atenções especiais. O caso mais conhecido é o das chamadas Áreas de Proteção Ambiental (APA), mas a observação vale em geral para todas aquelas reunidas sob o título de unidades de uso sustentável.

A dificuldade sentida por alguns planejadores decorre da sujeição dessas áreas a regime jurídico especial; sente-se a necessidade de compatibilizá-lo com o desenvolvimento local, mas há dúvidas até onde o Município pode ir, sobretudo se a unidade de conservação for instituída pelo Estado ou pela União.

Não restam dúvidas, no meu modo de ver, sobre a inclusão dessas unidades no planejamento urbano. Afora o disposto no Estatuto da Cidade sobre a abrangência territorial do Plano Diretor, esses espaços não são indiferentes ao desenvolvimento local; antes o integram e são especialmente importantes para a construção da cidade sustentável. É necessário que o Município reflita sobre o que pode fazer perante tais unidades. Se há distinções significativas entre elas, recomenda a lógica adotar-se solução própria para cada caso. Afinal não é para isso mesmo que serve o (macro) zoneamento?

¹²⁷ Agravo de Instrumento nº 20020020012364-3, apreciado pela Primeira Turma Cível do Tribunal do Distrito Federal e dos Territórios

¹²⁸ Apelação Cível nº 000.181.241-1/000(1) da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e Apelação Cível nº 029.133.5/7-00, da Nona Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo

¹²⁹ Lei Complementar Municipal nº 34/05 (art. 11, I). Previsão semelhante existe no Plano Diretor de Araxá (art. 18, I da Lei Municipal nº 4135/02).

¹³⁰ Recorro aqui a terminologia adotada na Lei Federal nº 9.985 de 18 de julho de 2000.

Para dar conta também dessa questão, mas não exclusivamente por ela, alguns Municípios procuraram conceber o que chamam de sistema ambiental, a servir como referência para o planejamento local, tal qual ocorre com o sistema viário; há entre os dois uma diferença básica: à exceção das hidrovias, este último é produto fundamentalmente da ação humana, enquanto o sistema ambiental é “herdado” e, dependendo do uso feito, pode se esgotar sem reposição. Nesse contexto verificam-se como um conjunto de condições predeterminantes às normas locais, as quais precisam buscar a compatibilização com o ecossistema.

A individualização das unidades de conservação no macrozoneamento fica um passo à frente desse reconhecimento expresso do sistema ambiental. Descabe propor tratamento único ao tema, diante da enorme diversidade existente. Por sinal, os enfoques são muitos. Em situações comuns parece razoável que as unidades de proteção integral, de tão restritivas que são, sejam tratadas como macrozonas; não só porque para reger o aproveitamento dessas áreas se aplicará fundamentalmente o disposto no plano de manejo, mas principalmente porque decerto somente serão admitidas atividades relacionadas à pesquisa ambiental e muito raramente será admitido algum tipo de edificação. Tudo isso lhe confere singularidade ímpar, distinguindo-se das demais áreas municipais, o que não significa se tratar de um enclave a ser desconsiderado no planejamento local ou a ser trabalhado totalmente à parte. Precisa o Município pensar todo o seu território e relacionar suas diversas áreas, a fim de potencializar as funcionalidades em prol do bem-estar dos seus habitantes.

Portanto, revela-se necessário, no mínimo, identificar as unidades de conservação integral, mesmo que seja somente para afirmar que não se destinam ao adensamento e à utilização direta pelo homem, observando o Município e todas as demais pessoas o estabelecido no plano de manejo. Além disso, podem - e na realidade, devem - ser arroladas iniciativas a serem promovidas pelo Poder Público local, com o fito de assegurar o cumprimento da vocação daqueles espaços, mesmo que pertençam à União ou ao Estado. A respectiva classificação como macrozona se reforça na hipótese de ser unidade de conservação municipal, pois aí, mais do que nunca, o Município haverá de refletir e comandar as ações sobre ela, de modo integrado com seu desenvolvimento. De toda sorte, o fato é que a unidade de conservação integral reivindicará sempre tratamento especial, com normas singulares, distinguindo-se, provavelmente, de modo significativo, do restante do território municipal.

Em relação às unidades de uso sustentável a situação é distinta. Elas têm maior permeabilidade às normas de parcelamento, uso e ocupação do solo, já que convivem com a pressão antrópica. Isso permite compatibilizar a aplicação dos parâmetros urbanísticos ou das diretrizes mais comuns do desenvolvimento local com as peculiaridades que certamente decorrerão da necessidade de conservar o ecossistema ali existente. Em circunstâncias normais, a unidade de uso sustentável pode integrar-se ao contexto de uma ou até mais localidades (zonas), para fins do planejamento urbano, ainda que, em certos aspectos,

mereça tratamento particularizado.

Nas legislações municipais, o enfrentamento dessa questão apresenta abordagem bem diversificada.

O Plano Diretor de Salvador, por exemplo, empreende o macrozoneamento, sem individualizar as unidades de conservação; dentro das macrozonas destaca, no entanto, as áreas excluídas de assentamentos urbanos (entre os quais os parques da natureza) e as áreas urbanas especiais submetidas a fortes condicionamentos de ocupação (são todas APAs).¹³¹

Já o Plano Diretor de São Paulo divide seu território em Macrozona de Estruturação e Qualificação Urbana e Macrozona de Proteção Ambiental. Partindo das diferentes condições de preservação do meio ambiente, subdivide esta última, para orientar os objetivos a serem atingidos, em conformidade com diferentes graus de proteção e para dirigir a aplicação dos instrumentos ambientais, urbanísticos e jurídicos, recorrendo às seguintes terminologias: Macroárea de Proteção Integral; Macroárea de Uso Sustentável e Macroárea de Conservação e Recuperação.¹³²

Já Campina Grande do Sul, por seu turno, preferiu contemplar que cada unidade de conservação corresponde a uma macrozona, autônoma, portanto, em relação às demais. Há uma exceção curiosa: uma APA existente acabou cingida nesse processo; a parte dela que se encontra no perímetro urbano ficou na macrozona da sede municipal, enquanto o pedaço restante corresponde a uma macrozona específica, com o nome da própria APA. Note-se, porém, que o plano de manejo e as demais normas ambientais incidem sobre toda a unidade de conservação; a diferença é que as normas previstas para a sede municipal apenas se aplicam ao trecho acolhido nessa macrozona, prevalecendo em caso de diferença das normas protetoras (urbanísticas e ambientais), aquela que for mais restritiva.¹³³

Por tudo o que foi dito, as normas jurídicas aplicáveis aos espaços urbanos, rurais ou às unidades de conservação serão marcadamente diferentes; especialmente no tocante à ordenação físico-territorial, a competência municipal é menor na área rural do que na área urbana, mas também não se deve de antemão considerá-la inexistente ou insignificante. Ainda que o Município prefira conferir ao Plano Diretor uma linha mais estritamente de organização físico-territorial, a zona rural não necessariamente terá que aparecer apenas demarcada naquele instrumento básico, tornando-se, no mais, um mundo estranho à gestão e ao ordenamento municipal. De igual sorte, não cabe ao Município negligenciar as unidades ambientais existentes em seu território.

¹³¹ Art. 112, § 4º, III e IV da Lei Municipal nº 6.586/04

¹³² Arts. 147 a 153 da Lei Municipal nº 13.430/02.

¹³³ Arts. 43, III e 50 a 56 da Lei Municipal nº 49/04

1.9 - A VINCULAÇÃO GERAL AO PLANO DIRETOR

O Plano Diretor, ao assumir a forma de lei, alcança todas as pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as entidades públicas. Os mandamentos inseridos naquele Diploma Legal regerão os fatos eleitos e descritos pelos legisladores locais; muitas vezes, serão voltados mais especificamente para os agentes públicos municipais, objetivando conceber e coordenar ações estatais transformadoras (regularização urbanística, projetos de recuperação de áreas degradadas, programas de inserção social etc.); em outros casos estabelecerão regras para o aproveitamento dos espaços habitáveis; nesse segundo caso, qualquer um que se enquadre na hipótese legal descrita fica sujeito à respectiva ordem, o que vale não só para os agentes públicos municipais, mas também para os federais e estaduais, bem como para o setor privado.

Em se tratando de Lei Municipal a ninguém surpreende a subordinação do próprio Município. Seus órgãos e agentes atuam fundamentalmente em razão das normas locais e devem garantir a aplicabilidade delas. Não é de se estranhar, por exemplo, decisão judicial que considere nula a desapropriação de imóvel para construção de kartódromo pelo Poder Público local, em área com destinação diversa no Plano Diretor Municipal.¹³⁴ Nem é inesperada a posição do Poder Judiciário pela nulidade de projeto de assentamento rural promovido pelo Distrito Federal em desacordo com a área mínima do lote estabelecida pelo próprio Plano Diretor local.¹³⁵

Diante do Estado de Direito e do pacto federativo adotado no Brasil, a incluir o Município como unidade da federação, dúvidas não existem também quanto à aplicabilidade das normas locais à União e ao respectivo Estado. Refiro-me aqui às previsões que regem fatos sociais (normas de conduta), os quais podem ter aquelas entidades federativas como agentes. Evidentemente, ao Município descabe dispor diretamente sobre a concepção das ações por parte das demais entidades federativas, ou mesmo definir-lhes prioridades ou exigir-lhes programas determinados. Mas elas têm que ser formuladas de olho nas condições de aproveitamento do espaço emitidas pelo Poder Público local, sob pena de não se revelarem viáveis.

Em virtude das nuances de nosso federalismo é vedado invocar a argumentação comum, supostamente natural e bastante simplificadora, no sentido de que o interesse de um grupo maior de pessoas deve necessariamente prevalecer sobre o grupo menor.

¹³⁴ Apelação Cível nº 039400500, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná

¹³⁵ Ver Agravo de Instrumento nº 2002002001364-3, julgado pela 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. É certo que o Distrito Federal não é um Município, mas ao legislar também sobre os assuntos de interesse local, serve de exemplo para a questão aqui destacada.

O interesse nacional não se sobrepõe necessariamente ao estadual e nem esses dois estão acima do interesse local. Nosso legislador constituinte, se é que deu azo para tal perspectiva, o fez de modo muito pontual; manifestamente não generalizou sua aplicação, preferindo promover o primado da sociedade plural, qual seja: permitir a autodeterminação das muitas comunidades que compõem o povo brasileiro, naquilo que for de seu interesse mais específico; ao partilhar as competências, outorgou para cada comunidade (local, estadual ou federal) a capacidade de ter voz ativa e determinante sobre situações ocorridas em seu território. Como as entidades estatais, representantes dessas comunidades, se subordinam à lei, cada ente federativo terá direito a fazer aquilo que a lei aplicável ao caso preveja, seja ela de ordem federal, estadual ou municipal. A competência constitucionalmente atribuída à comunidade local o foi de modo pleno, para disciplinar determinados assuntos para quem quer que seja: brasileiro ou estrangeiro; agente público ou setor privado.

As decisões da União e do Estado não podem simplesmente ignorar as normas editadas com base na Constituição da República, mesmo quando elas tenham sido elaboradas por outro ente federativo. Vale lembrar aqui a inexistência de hierarquia entre os membros de nossa federação: o que há são competências legislativas demarcadas, que, uma vez exercidas, vinculam qualquer sujeito submetido ao Direito.

Mesmo antes da Carta de 1988, a primeira a consignar o Município como entidade federativa, argumentos consistentes já eram apresentados para concluir pelo devido respeito à legislação municipal por parte da União e do Estado. Há até mesmo julgados do Supremo Tribunal Federal a cobrar a observância das normas locais urbanísticas pelas entidades federais e estaduais.¹³⁶

O simples apelo ao interesse nacional ou estadual não é suficiente para abafar, por qualquer meio, o interesse das comunidades menores naquele espaço conferido pelo legislador constituinte. Por essa razão, as normas estabelecidas no Plano Diretor – como de resto em toda a legislação urbanística – são compulsórias para os agentes públicos federais e estaduais na definição de como pretendem parcelar, usar ou ocupar os imóveis, bem como no exercício de ações ou atividades, seja a título de controlar a emissão de ruídos ou de poluição, ou de exigir compensações pelo impacto no trânsito etc.. A propósito, lembre-se aqui que o Estatuto da Cidade categoricamente expressa a aplicabilidade do Estudo de Impacto de Vizinhança aos empreendimentos ou atividades públicas.

¹³⁶ Ver, por exemplo, RMS 9384 – SP, julgado em 1962, a exigir a observância do código de posturas municipais pela concessionária de serviço público de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, para depois concluir que não lhe caberia “perfurar ruas e praças, colocar postes e instalar fios e transmissores sem prévio permissão municipal”. Por seu turno, no RMS 8559 / SP, julgado em 1961, não se aceitou a alegação do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo no sentido de que a lei municipal não se aplicaria a edifícios de pessoas jurídicas de direito público, mas apenas a edifícios comerciais e de habitação coletiva (apartamentos e hotéis).

Ao Município cumpre promover o desenvolvimento urbano e disciplinar para todos o parcelamento, uso e ocupação do solo. A única exceção aceitável ocorrerá quando as normas municipais inviabilizarem ou dificultarem sobremaneira uma atividade pública federal ou estadual no território municipal. Em época recente, alguns Municípios, por lei específica – mas hipoteticamente isso poderia ocorrer através do Plano Diretor –, procuraram proibir de modo absoluto a instalação de presídios e estabelecimentos similares em seus territórios. Francamente, salvo situação extremamente excepcional, essa tentativa é inválida, até por uma questão bem simples: se todos os Municípios pudessem fazer isso, não haveria presídios no Brasil. Não se pode ignorar que a execução das penas de restrição à liberdade são essenciais para nossa ordem jurídica e, no final das contas, para a segurança pública.

Mesmo assim o interesse na manutenção das atividades federais e estaduais não é sempre determinante em favor da União e dos Estados e em detrimento das competências locais. Esse argumento não funciona como salvo-conduto automático. Normalmente deverá passar pela análise da ponderação de interesse e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme comentários lançados em tópico anterior.

É interessante fazer notar que alguns Planos Diretores, já no macrozoneamento ou no zoneamento de uso, procuram compatibilizar o desenvolvimento urbano com o exercício de determinadas atividades federais ou estaduais. Isso ocorre quando se concebe, por exemplo, uma zona que abriga área submetida a tombamento federal, ou quando vigem condições especiais por necessidade da União (ou do Estado), como no caso de instalação de aeroporto.¹³⁷

Se o Plano Diretor é lei, não é de se estranhar que suas proposições alcancem também o setor privado, com a coercitividade típica do Direito; por sinal, isso já ocorre há décadas. Evidentemente, não se trata do tipo de plano previsto no artigo 174 da Carta Constitucional, o qual seria meramente indicativo para a iniciativa privada.

É bem verdade que o grau de determinismo – a heteronomia – depende do teor de seus mandamentos, os quais podem ser mais ou menos densos, no tocante a reger o aproveitamento dos espaços habitáveis.

Sobre tudo o que foi escrito neste tópico, cabe a síntese lapidar de Hely Lopes Meirelles:

¹³⁷ De modo sistemático é o que se vê no Plano Diretor de Salvador, onde se fala em áreas urbanas de uso específico, a contemplar a base naval, o complexo penitenciário, o aeroporto, entre outros. Mas também se vê em alguns Municípios especialmente em caso de grandes áreas tombadas, como em Araxá.

“Como as demais imposições do Poder Público, as urbanísticas nascem revestidas de *imperium*, inerente a toda ordem estatal, tornando-se obrigatórias não só para os particulares como para a própria Administração, visto que a submissão dos indivíduos e das autoridades às normas legais constitui peculiaridade dos Estados de Direito, como o nosso”.¹³⁸

A maior ou menor capacidade de determinação do Plano Diretor sobre as ações federais, estaduais e municipais, bem como sobre particulares, dependerá, evidentemente, do seu conteúdo, principalmente do recurso a normas cogentes aptas a reger os fatos urbanísticos.

1.10 - A OBRIGATORIEDADE DO PLANO DIRETOR

Até a Carta Constitucional de 1988, a elaboração de Planos Diretores não era obrigatória do ponto de vista jurídico, ao menos em caráter nacional: decorria do juízo de conveniência e oportunidade das autoridades locais. Não raro, foi uma opção exercida para auxiliar a legitimação de governos ou mesmo de ações pouco ou nada democráticas.

A partir da vigente ordem constitucional, o Plano Diretor para o desenvolvimento urbano tornou-se obrigatório para todo Município cuja cidade tenha mais de vinte mil habitantes.¹³⁹ Todavia, não se fez prever prazo para cumprimento dessa obrigação; como caracterizar-se, então, seu descumprimento?¹⁴⁰ Também não ficou consignada qualquer sanção expressa; prevaleceu a impressão de que a obrigatoriedade da edição de Plano Diretor era norma imperfeita, desprovida de consequência jurídica, embora parecesse aceitável argüir, nesses casos, a improbidade administrativa, ao menos diante de inércia injustificável diante do dever de observar mandamento constitucional.

Ficou também entendido que nossa Lei Maior condicionou à existência daquele Diploma Legal a aplicação das sanções constitucionais previstas para o inadequado aproveitamento do solo urbano.¹⁴¹ Mesmo as Municipalidades com menos de vinte mil habitantes em sua área urbana precisariam instituir seu Plano Diretor, caso desejassem aplicar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios, o IPTU progressivo ou a desapropriação mediante títulos da dívida pública, pois aquele Diploma Legal haveria de indicar a área de aplicação de tais instrumentos.

¹³⁸ In **Direito Municipal Brasileiro**, edição citada, p. 383. A respeito desse tema cumpre mencionar também a obra citada de José Afonso da Silva, p. 131.

¹³⁹ Art. 182, §1º.

¹⁴⁰ A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, procurou preencher essa lacuna e assinalou o prazo de um ano para elaboração do Plano Diretor, contado a partir da promulgação da respectiva Lei Orgânica Municipal (art. 39 do ADCT).

¹⁴¹ Art. 182, § 4º.

A promulgação do Estatuto da Cidade trouxe novidades no tocante ao tema. Estabeleceram-se ali três novas hipóteses a partir das quais o Município também se obriga à elaboração de Plano Diretor. A exigência estendeu-se para:

- Municípios integrantes de Região Metropolitana (art. 41, II);
- Municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico (art. 41, IV);
- Municípios inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art.41, V).

A bem da verdade, qualquer inovação por parte de lei infraconstitucional se revela passível de discussão, quando modifica regra diretamente estabelecida na Lei Maior. A questão por se apurar nesses casos é se a Constituição Brasileira esgota o assunto em questão ou se ela, apesar de ditar norma de conduta ou de organização, deixa margem para a legislação ordinária voltar ao mesmo ponto e conferir tratamento inovador. A tendência é não se reconhecer esse espaço residual, salvo expressa admissão constitucional.

Ao procurar baixar de vinte mil para cinco mil o número de habitantes que obrigava a elaboração do Plano Diretor, a Constituição do Estado do Amapá não poderia senão receber a tarja da inconstitucionalidade que lhe impingiu o Supremo Tribunal Federal.¹⁴² No entanto, por se tentar alterar diretamente o critério estabelecido na Magna Carta, essa conclusão era mesmo mais fácil.

A maioria das obras publicadas sobre o Estatuto da Cidade posiciona-se pela constitucionalidade do trecho em destaque. Isso decorreria da competência dada à União para estabelecer diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano. Essa discussão, porém, não foi travada nos Tribunais, razão pela qual é cedo para diagnosticar seu apaziguamento. De minha parte, apresento ressalvas em face de nosso Direito Constitucional. Que a lei de um ente federativo, mesmo a título de norma geral, torne obrigatório o uso de determinado instrumento por outro ente federativo é hipótese de aceitação extraordinária.

Somente com base na Lei Maior restringe-se a capacidade de autodeterminação dos entes federativos e descabe entender que ela teria delegado, de modo genérico, ao legislador nacional, essa prerrogativa, ao tratar da competência legislativa concorrente; isso seria uma chaga no princípio da autonomia em nossa federação. Para demonstrar a resistência que esse tipo de dispositivo sofre, cabe aqui mais uma vez lembrar as lições, referendadas por decisões do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais à União cumpre o papel de editar normas semelhantes a princípios no exercício da competência legislativa concorrente, sem que devam ter efeito concreto mais imediato. Mesmo para quem não adote esse tipo de restrição às normas gerais, resta o dispositivo específico da própria Constituição, que trata diretamente de definir os Municípios obrigados a

¹⁴² Ver ADI nº 826-AP.

proceder à elaboração do Plano Diretor. Realmente ali não se verificam brechas para ampliação do rol por outras normas, razão pela qual se conclui pela inconstitucionalidade de parte do artigo 41 da Lei Federal nº 10.257/01.¹⁴³

Seja como for, o Estatuto da Cidade deu maior efetividade à obrigação prevista desde a Carta Constitucional. Trouxe finalmente o prazo máximo para elaboração do Plano Diretor para os Municípios com mais de vinte mil habitantes em suas cidades e também para aqueles inseridos em região metropolitana: cinco anos, contados a partir do início da vigência do Estatuto da Cidade, período que se encerra em 10 de outubro de 2006.

Quanto à sanção, tornou explícito aquilo que figurava tácito no ordenamento vigente: o Prefeito que não tomar as providências necessárias para o cumprimento de tal obrigação incorrerá em improbidade administrativa (art. 50 c/c art. 52, VII). Aqui é oportuno o seguinte esclarecimento. De acordo com a Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, há três grandes categorias de improbidade administrativa, cada qual submetida a um grupo mais específico de sanções. O Estatuto da Cidade não identifica qual seria o tipo de improbidade existente, mas por força lógica o enquadramento será na categoria dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, o que inclui qualquer ação ou omissão a violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.¹⁴⁴ A inobservância do prazo assinalado em lei é desrespeito evidente ao princípio da legalidade. Portanto, o Prefeito ficará sujeito a “ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.¹⁴⁵

Diante do texto legal e da lógica do nosso sistema jurídico, o assunto requer algumas reflexões sobre a conduta verdadeiramente exigível.

Há de se concluir que, em última análise, a obrigação não é de o Prefeito fazer aprovar a Lei do Plano Diretor no prazo assinalado; isto não se coaduna com nosso regime democrático. Caberá ao Chefe do Poder Executivo, sim, apresentar projeto de lei adequado e consistente, feito com participação popular, em tempo hábil para a Câmara Municipal, também com audiências públicas, deliberar sobre a proposta. Em outras palavras, o Prefeito haverá de

¹⁴³ Destaque-se ser essa a visão também de Fernando Dias Menezes de Almeida no capítulo **Dos Instrumentos da Política Urbana**, *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 62; e de José dos Santos Carvalho Filho na obra **Comentários ao Estatuto da Cidade** (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 281).

¹⁴⁴ É a posição manifestada, entre outros, por Diógenes Gasparini, *In O Estatuto da Cidade*, edição citada, p. 217 - 218.

¹⁴⁵ Artigo 12, III da Lei Federal nº 8.429/92.

apresentá-lo em período razoável para a Câmara apreciá-lo e votá-lo até 10 de outubro de 2006.

É impróprio fixar, de modo amplo geral e irrestrito, quanto tempo antes dessa data o projeto deverá ser enviado para análise e deliberação do Parlamento; isso variará muito conforme a complexidade do conteúdo do projeto de lei, bem como da dinâmica dos trabalhos da Câmara. Em todo caso, certamente há de se pensar em mais de um mês ou mesmo em meses e nunca em um pequeno número de dias. Se a Câmara rejeitar o projeto por visão política distinta sobre o processo de desenvolvimento urbano ou mesmo se demorar excessivamente para votá-lo, não se afigura razoável responsabilizar e punir o Prefeito pela eventual ausência da lei exigida.

Outra reflexão necessária parte da observação de que elaborar o Plano Diretor não depende apenas de ato de vontade, mas requer condições materiais básicas, como um bom cadastro imobiliário, uma equipe de planejamento capacitada e a alocação de recursos financeiros. Não é também trabalho de curto prazo: existindo estrutura adequada, costuma exigir meses a fio, mesmo em Municípios menores; em condições mais adversas, pode-se projetar, tranquilamente, mais de um ano de árduas atividades. Pois bem, se o prazo para cumprimento da obrigação em exame atravessou mais de um mandato, seria justo responsabilizar apenas o Chefe do Executivo em exercício em 10 de outubro de 2006, caso a proposta não tenha sido enviada em tempo hábil para a Câmara Municipal? Há de se ver caso a caso.

Os Prefeitos que encerraram seus mandatos no final de 2004 e que não deram sequer um passo firme para a elaboração do Plano Diretor exigido não estão em situação confortável, ainda mais se o planejamento local se encontrasse em estágio precário no início de 2005.¹⁴⁶ Deverá se analisar se não ficaram aquém do que poderiam realizar, podendo se estender sobre eles a sombra da improbidade.

É interessante notar que o Estatuto da Cidade não fixou prazo para a elaboração do Plano Diretor nos casos dos Municípios integrantes de áreas de especial interesse turístico, nem para aqueles inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional, nem mesmo aos que desejem utilizar os instrumentos previstos no artigo 182, § 4º da Constituição Brasileira.

Por uma questão de coerência, para quem defender a validade dessas previsões do Estatuto da Cidade resta o desafio de identificar qual seria a tempestividade. Aqui parece que a construção haveria de ser multifacetada, porque assim também são as causas. É evidente que o Município desejoso de induzir o adequado aproveitamento do solo, de acordo com os instrumentos

¹⁴⁶ É a visão manifestada também na obra **Estatuto da Cidade – Guia para Implementação pelos Municípios e pelos Cidadãos**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001, p. 61.

previstos na Carta Constitucional, é senhor do seu tempo: o Plano Diretor será feito quando se desejar implementar tais sanções. Nos demais casos (inclusão em área de influência de atividade ou empreendimento passível de Estudo de Impacto Ambiental ou inclusão em área de especial interesse turístico), imagino ser correto pensar que, a partir do evento gerador da obrigação, deveriam ser dados igualmente cinco anos para o Município se organizar, por uma questão de isonomia; se tal condição preexistisse à vigência do Estatuto, seria esta segunda ocorrência que marcaria o início da contagem do prazo. Todavia, reafirmo a posição no sentido de que a Lei Federal não poderia inovar em relação à obrigatoriedade do Plano Diretor nessas duas hipóteses, como também é o caso dos Municípios situados em Região Metropolitana.

Ainda no tocante aos corolários da ausência do Plano Diretor, vale consignar a impossibilidade de utilização de alguns instrumentos previstos no Estatuto da Cidade; com efeito, boa parte deles está condicionada a previsões naquela peça maior do planejamento urbano, como vemos nos casos de:

- Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- IPTU progressivo no tempo;
- Desapropriação mediante títulos da dívida pública;
- Direito de preempção;
- Outorga onerosa do direito de construir;
- Transferência do direito de construir;
- Operação urbana consorciada;

Outra questão interessante é saber se os Municípios que elaboraram seu Plano Diretor antes da vigência do Estatuto da Cidade deveriam promover revisão para compatibilizá-lo com o novo marco jurídico nacional.

À primeira vista eles estariam excluídos do mandamento inscrito no art. 50 da Lei Federal nº 10.257/01. Pela redação do dispositivo legal, parece razoável deduzir sua opção por respeitar o processo de planejamento urbano daqueles Municípios que, diante do texto constitucional, buscaram elaborar o respectivo Plano Diretor, de acordo com as normas vigentes à época. Em face do princípio da segurança jurídica seria até mais natural concluir dessa forma. Para tais unidades políticas aplicar-se-ia apenas a obrigatoriedade da revisão decenal (art. 40, § 3º).

A questão, porém, não é mansa e pacífica. Existe pelo menos uma obra de relevo que diretamente estende a obrigação prevista no artigo 50 do Estatuto da Cidade

“(…) aos Municípios que já têm Plano Diretor, que porém não atendam os requisitos constitucionais do artigo 182 da Constituição federal e os critérios para a sua aprovação previstos no artigo 40 do Estatuto da Cidade, bem como não dispõem do

conteúdo mínimo definido no artigo 42".¹⁴⁷

Não há dúvida de que outros elementos caros ao nosso Direito são aptos a justificar muitas vezes a mitigação do princípio da segurança jurídica, sobretudo a presença do interesse público; mas somente os casos de grave desconformidade com o Estatuto da Cidade – de frontal oposição ao que é exigível por ele – terão o condão de impor, do ponto de vista estritamente jurídico, a devida compatibilização do Plano Diretor até 10 de outubro de 2006. Nesse sentido considero partir de premissa comum à lição acima destacada, mas diverjo quanto à identificação dos pontos considerados referenciais. Os problemas estruturais profundos estariam, a meu ver, relacionados a dois aspectos: a abrangência territorial e a organização do sistema de planejamento urbano. Quanto ao primeiro, o Plano Diretor deve contemplar todo o território municipal, não sendo aceitável que se prolongue no tempo aquele instrumento básico que, por exemplo, deixou de fora a área rural do Município e/ou as unidades de conservação. Quanto ao segundo aspecto, é inadmissível que perdure, para além da tolerância dos cinco anos, o Plano Diretor que não busca sistematizar, pelo menos em linhas gerais, a atividade planejadora. Nesses casos, pelo menos o ajuste necessário deverá ser promovido, pois do contrário a incompatibilidade estrutural é tão insatisfatória quanto a inexistência daquele instrumento básico.

Verifica-se aí, portanto, uma aplicação diferenciada do artigo 50 do Estatuto da Cidade, a fixar prazo de cinco anos, em rigor, não propriamente para a elaboração, mas, sim, para adaptação do Plano Diretor ao novo ordenamento jurídico vigente. Reconheça-se, a redação do dispositivo legal não é categórica nesse sentido, pois focaliza mais claramente o Município sem Plano Diretor, mas a obrigação aqui não se satisfaz com a mera formalidade, independentemente de sua adequação para cumprir a missão constitucional.

O mesmo raciocínio não se impõe à eventual omissão do Plano Diretor acerca dos instrumentos desenvolvidos na lei nacional, como o parcelamento, utilização ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo, a outorga onerosa, o direito de preempção ou a operação urbana consorciada. Isto porque, apesar da infeliz redação do artigo 42 do Estatuto da Cidade, não há propriamente obrigatoriedade de previsão desses instrumentos na legislação municipal, sendo sempre uma faculdade do Município adotá-los ou não, como se pretende demonstrar mais à frente.

A par do que foi aqui defendido, nada impede – e na verdade tudo recomenda – que os Municípios, mesmo desobrigados, promovam a revisão de seu diploma básico do desenvolvimento urbano, logrando aproveitar as novas condições/orientações permitidas pelo Estatuto da Cidade. A conveniência aumentará em certas situações, na medida em que, com a vigência da lei nacional sobre desenvolvimento urbano, se verifica a hipótese de suspensão da eficácia da lei municipal no que for contrária às novas normas editadas pela União. É a

¹⁴⁷ Idem, p. 60 - 61.

solução prevista em nossa ordem constitucional para sistematizar o tratamento das matérias sujeitas à competência legislativa concorrente,¹⁴⁸ onde se insere o Direito Urbanístico. Tal suspensão poderá ser pontual, relativa a alguns dispositivos, sem contaminar, em caráter integral, o instrumento básico. Suponhamos que, ao tratar do uso da outorga onerosa do direito de construir, admitiu o Plano Diretor que os recursos auferidos fossem aplicáveis para fim distinto no Estatuto da Cidade (art. 26). Certamente esse mandamento ficará prejudicado, mas não exige necessariamente a revisão de toda a lei municipal.

Decerto o prazo para revisão, salvo disposição expressa em contrário, não serve como bloqueio para que, conforme a necessidade, sejam empreendidas as alterações na rota traçada, com o escopo de adequá-la às novas linhas do interesse público.

¹⁴⁸ Art. 24, § 4º c/c art. 30, II.

CAPÍTULO 2 – ASPECTOS FORMAIS DO PLANO DIRETOR

Já se fez notar a necessidade de dar ao Plano Diretor a roupagem de lei formal. É essa condição que o capacita a ter força normativa, como deseja a Constituição Brasileira e o Estatuto da Cidade. Cumpre, portanto, enfrentar os pontos relativos à sua elaboração como lei.

2.1 - A INICIATIVA DO PROJETO DE LEI

A iniciativa privativa do Prefeito Municipal para propositura do projeto de lei do Plano Diretor é defendida por boa parte da doutrina;¹⁴⁹ conta, ainda, com decisões judiciais em seu favor.¹⁵⁰ A fundamentação reside principalmente no fato de o planejamento público ser atividade típica do Poder Executivo.

Advoga em contrário Joaquim Castro Aguiar, admitindo a iniciativa concorrente.¹⁵¹ A seu favor caberia invocar o precedente do Supremo Tribunal Federal que, sem se referir especificamente ao Plano Diretor, considerou inexistir exclusividade para propositura de projeto de lei relacionado ao Direito Urbanístico.¹⁵²

Nossa Corte Suprema constantemente tem decidido que as únicas exceções à regra da iniciativa concorrente para o processo legislativo são aquelas encontradas na Constituição da República. Embora a redação, nesses casos, seja normalmente voltada para a estrutura da União Federal, os preceitos seriam de observância compulsória nos Estados, Distrito Federal e Municípios, por assegurarem a independência dos Poderes, princípio constitucional aplicável em todos os níveis de nossa federação.¹⁵³ Sequer seria facultado aos demais entes federativos alterar, para menos ou para mais, o rol traçado. Resumidamente, as hipóteses constitucionais que atribuem a iniciativa privativa ao Chefe do Executivo circunscrevem-se à organização administrativa daquele Poder, ao regime jurídico dos servidores públicos e à legislação financeira.¹⁵⁴ Nesse sentido as normas urbanísticas, em geral, não estão compreendidas dentro da exceção.

¹⁴⁹ É a opinião de José Afonso da Silva, *In Direito Urbanístico Brasileiro*, edição citada, p. 130, e de Diógenes Gasparini, *In O Estatuto da Cidade*, edição citada, p. 199.

¹⁵⁰ Entre outras, é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na Apelação Civil nº 1994.007.00069 e do Tribunal de Justiça de São Paulo na Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 24.919-0.

¹⁵¹ *In Direito da Cidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 47.

¹⁵² Refiro-me ao RE nº 218.110-6-SP.

¹⁵³ Art. 2º da Constituição da República

¹⁵⁴ Arts. 61, § 1º e 165 da Constituição da República.

Conquanto não seja correto associar o Direito Urbanístico à iniciativa privativa do Prefeito Municipal, há partes típicas do Plano Diretor que realmente não se submetem à iniciativa parlamentar. A mais clara delas é a instituição do sistema de planejamento, algo que passa pela fixação da competência dos órgãos municipais da Prefeitura ou mesmo pela criação de entidade para responder pela tarefa. Os projetos de lei sobre estruturação/organização do Poder Executivo somente serão deflagrados pela respectiva Chefia. Tal observação engloba igualmente o sistema de acompanhamento e controle da implementação do Plano Diretor, situação que também enseja a fixação de competências a órgãos ou entidades públicos.¹⁵⁵

Todavia, a fixação de objetivos e diretrizes, a definição das referências e valores para os sistemas físico-territoriais e até mesmo o macrozoneamento, por si só, não estariam totalmente vedados à iniciativa da Câmara Municipal. Haveria, sim, uma complexidade significativa para o Legislativo local articular algum modo de fazer isso por meio de atividade contínua e orgânica, como tem que ser o planejamento urbano; mas seria enganoso propugnar pela incompetência absoluta dos membros daquele Poder. Desde que restem atendidos o princípio da vinculação à atividade planejadora e à necessária participação popular, não há como tolher tal iniciativa e até mesmo a iniciativa popular.

O limite da Câmara (e da iniciativa popular) são os assuntos que vão tocar nas atribuições internas da Prefeitura ou de entidades da Administração Indireta (autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista).

De tudo isso parece resultar situação esdrúxula, mas aceitável. A Câmara Municipal poderá suprir a omissão do Poder Executivo em elaborar o Plano Diretor apenas de modo parcial. Diante da inércia do Prefeito, o Município não está condenado a ficar sem objetivos, diretrizes e regras mais específicas sobre o desenvolvimento urbano. A lei eventualmente feita com esse conteúdo não prescindirá do vínculo com o planejamento local, repita-se, mas não será, no rigor técnico, um Plano Diretor, por deixar de abordar alguns temas que são inerentes a esse diploma legal.

2.2 - APROVAÇÃO, ALTERAÇÃO E REVISÃO DO PLANO DIRETOR

Elaborada a versão final do Plano Diretor, ele será enviado à Câmara Municipal em forma de projeto de lei. A análise do parlamentar deve ser bem cuidadosa e aberta também à participação popular, como prevê o Estatuto da Cidade.¹⁵⁶ Pela complexidade e pelo condicionamento à participação popular, a tramitação em regime de urgência, como se vê, aqui ou ali, é inadmissível.

¹⁵⁵ art. 42, III do Estatuto da Cidade

¹⁵⁶ Art. 40, § 4º

A Carta Constitucional não fixou expressamente o quorum para aprovação do Plano Diretor. O Estatuto da Cidade também silencia e seria arriscado mesmo seu avanço sobre o tema, ensejando questionamento quanto à invasão da autonomia municipal.

A lógica dedutiva em torno do planejamento e a classificação do Plano Diretor como o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano requerem, no entanto, arranjo especial, que o torne protegido das demais leis. Com efeito, ele deve ser o eixo de gravidade do sistema de planejamento local e da legislação urbanística, razão pela qual as outras leis não devem ter o condão de alterá-lo, arranhando sua integridade.

Do ponto de vista tradicional, no Direito brasileiro esse arranjo normalmente passaria pela diferenciação da espécie de lei que estabelece o Plano Diretor. A distinção entre as modalidades de lei se dá, sobretudo, em razão do quorum de aprovação. A lei complementar é aprovada por maioria absoluta dos membros do Legislativo; na lei ordinária a aprovação se dá pelo voto da maioria dos presentes na sessão em que a matéria for apreciada. Pelas diferenças em sua tramitação e deliberação, a conter exigências menores, uma lei ordinária não pode tratar de assunto remetido à lei complementar; por isso o projeto de lei, de acordo com o tipo de matéria, deve ser apresentado, desde o início, na modalidade adequada. A aprovação do Plano Diretor por lei complementar, deixando-se as demais normas urbanísticas (e financeiras) a cargo de leis ordinárias, resolveria, do ponto de vista formal, a hierarquia desejada em nossa ordem jurídica; a diferença na modalidade das leis claramente afasta a possibilidade de uma lei ordinária que trate do parcelamento, uso ou ocupação do solo revogar ou modificar a lei complementar que institui o Plano Diretor.¹⁵⁷

Hely Lopes Meirelles externa preocupação com esse ponto, e demonstra o intuito de resguardar o Plano de “levianas e impensadas modificações”.¹⁵⁸ Para tanto professa que, além do quorum, outros aspectos poderiam ser utilizados, como a adoção de um procedimento especial, como por exemplo, a votação em duas sessões para definir-se a aprovação daquela lei especial.

A definição do quorum necessário para aprovação de lei não é de livre escolha, ao sabor das ocasiões. Há decisões judiciais que até rejeitam a possibilidade de a legislação local excepcionar a regra da aprovação de lei por maioria comum, como se a previsão de lei complementar para essa ou aquela matéria estivesse submetida à reserva constitucional, isto é, somente pudesse emanar da Lei Maior ou, para alguns, também da Constituição Estadual.¹⁵⁹ É de

¹⁵⁷ Art. 2º e §§ da Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei nº4657/42)

¹⁵⁸ In **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 395.

¹⁵⁹ Ver Por exemplo a ADIn nº 70001165828 julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vale o registro de que o mesmo órgão em outro julgado, excepcionou a fixação

se considerar, porém, que a Constituição da República somente procurou sistematizar o processo legislativo no âmbito federal. Se aparecem referências às leis complementares estaduais, isso ocorre de modo pontual, para valorizar o tratamento de assuntos delicados de nossa federação, que ficaram remetidos aos Estados-membros. Não há o menor sinal de que a Carta Magna procurou disciplinar o quorum das leis em todos os níveis de governo, o que lança a questão à malha da autonomia federativa. É verdade que a locução “lei complementar” foi criada para designar normas que desdobram (complementam) mandamentos constitucionais, mas por que não entender que o diploma máximo do Município tenha condições de estabelecer que algumas leis serão especiais por complementarem assunto inicialmente tratado na Lei Orgânica? Por que a comunidade local não poderia escolher seus temas de maior importância a ponto de exigir aprovação mais representativa pelo Parlamento?

Na visão aqui adotada, no plano local, quem define o tipo de lei para tratar de cada assunto é a Lei Orgânica Municipal, ao cuidar do processo legislativo. Na prática, não é raro que ao Plano Diretor fique previsto o mesmo tratamento de outras leis que lhe devem obediência, como a lei de uso e ocupação do solo ou o Código de Posturas, sejam todos contemplados como leis ordinárias ou leis complementares. Haveria de se aceitar, então, que cada uma dessas, ao conter previsão divergente do Plano Diretor, estivesse a derogá-lo ou excepcioná-lo? A resposta, se afirmativa, esfacelaria toda a construção que sustenta o Direito Urbanístico e não pode prosperar.

Como já se fez manifestar, qualquer que seja a modalidade de lei adotada, aplicar-se-á ao Plano Diretor proteção especial. Sua alteração não é absolutamente vedada, mas também descabe permiti-la diante de qualquer lei posterior conflitante. Divirjo, assim, de conhecidas opiniões em contrário.¹⁶⁰ Como instrumento básico da política urbana, ele condiciona a validade de outras leis. Sua modificação há de ser direta e normalmente por meio de processo onde se assegure a participação popular de modo proporcional ao grau da mudança a ser implementada. E note-se que, ainda assim, é correto exigir que a modificação se revele compatível com os objetivos e diretrizes gerais assinalados no Plano Diretor.¹⁶¹ Seria naturalmente inaceitável o aumento extraordinário do coeficiente básico de aproveitamento de macrozona destinada a adensamento controlado. Para que nessas condições o índice fosse ampliado, haveria de se mudar também a própria vocação da área, algo que certamente exigiria abertura para a participação popular na discussão da proposta.

A revisão periódica do Plano Diretor, se não era prática das mais vivenciadas, estava presente como indicação entre os planejadores e até mesmo

de quorum qualificado para aprovação de Plano Diretor, com base na lição de Hely Lopes Meirelles (ADIn nº 70003697398)

¹⁶⁰ CÂMARA, Jacinto Arruda. **Plano Diretor**, edição citada, p. 320 – 321.

¹⁶¹ idem, p. 320 - 321.

como regra nas próprias leis locais. Esse tratamento não deixa de ser consentâneo com a lógica da modernidade, de progredir por etapas e de refletir sobre as experiências (reflexividade).¹⁶² Assim, periodicamente seria necessário reapreciar de modo integral a realidade estudada e fazer avançar a nova estratégia rumo ao progresso.

O Estatuto da Cidade torna compulsória a revisão do Plano Diretor após dez anos do início de sua vigência.¹⁶³ Certamente trata-se de prazo máximo para finalizar todo o processo de revisão daquele instrumento, sob pena de improbidade administrativa, também expressa na lei nacional.¹⁶⁴ O final do processo de revisão consiste normalmente na promulgação de nova lei estabelecendo o novo Plano Diretor. Aplica-se aqui a mesma lógica antes mencionada: a obrigação do Prefeito é a de comandar o processo de revisão e enviar o respectivo projeto de lei, bem-concebido, em tempo hábil para a Câmara analisá-lo com a calma necessária e sobre ele deliberar antes do décimo aniversário do Plano Diretor vigente.

Vale o registro de que o Plano Diretor do Município de Araxá, entre outros, impõe ao Executivo o dever de iniciar os trabalhos de revisão decenal pelo menos um ano antes do período previsto para sua conclusão.¹⁶⁵ Dependendo das condições em que se encontre o Município, um ano pode até ser curto para dar conta da tarefa, mas talvez seja razoável para a maior parte dos Municípios brasileiros; de qualquer sorte, mais do que discutir aqui o melhor prazo para início das atividades, é importante consignar a conveniência de a própria lei, que vivenciou a experiência de planejamento, com todos os seus obstáculos, procure identificar o período para começo da reavaliação integral.

Alguns Planos Diretores estabelecem sua revisão em prazo inferior ao decenal. Não é raro encontrar previsão no sentido de que um primeiro balanço deva ocorrer dois anos após sua promulgação, sofrendo a partir daí revisões ordinárias quadrienais.¹⁶⁶ O descumprimento dessa previsão, sem motivo justo, permitirá a configuração de improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade.¹⁶⁷ Não se deve imaginar que apenas a ausência de revisão por mais de dez anos caracteriza a improbidade, mesmo quando a norma local fixa periodicidade menor.

¹⁶² GIDDENS, Anthony. **As Consequência da Modernidade**, edição citada, p. 43 - 51. Em suma o autor afirma que “a reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando constitutivamente seu caráter”.

¹⁶³ Art. 40, § 3º.

¹⁶⁴ Art. 52, VI

¹⁶⁵ Lei Municipal nº 4.135/02 (art. 124, parágrafo único). Há previsão idêntica no Plano Diretor de Araguari (Lei Municipal nº 34/04, art. 110).

¹⁶⁶ Com redações distintas acabam exemplificando esse tratamento os Municípios de Santo André (Lei Municipal 9696/04, art. 181) e Itatiba (Lei Municipal 3.759/04, art. 162 e §§).

¹⁶⁷ Art. 11, caput e inciso II da Lei Federal nº 8.429/92.

Por seu turno, verificam-se também, com menor frequência, previsões legais que restringem qualquer alteração do Plano Diretor fora da época programada para revisão. A Lei Orgânica do Distrito Federal, por exemplo, dispõe que modificações nos Planos Diretores de Ordenamento Territorial e Locais dar-se-ão apenas nas revisões quadrienais; é bem verdade que há uma ressalva considerável: diante de comprovado interesse público, tal restrição seria removida. Apesar da aparente elasticidade da exceção, tem se assistido ao Poder Judiciário local muitas vezes decidir contra alterações promovidas fora do prazo assinalado.¹⁶⁸

O Plano Diretor Estratégico de São Paulo estipulou que, até o final do ano seguinte ao de sua promulgação, ocorreria revisão exclusivamente para incluir os chamados Planos Regionais.¹⁶⁹ O advérbio utilizado na lei indicava que nenhuma outra mudança no período seria aceita, razão pela qual o “congelamento” de grande parte do Plano Diretor durou cerca de 15 meses. Não deixa de ser temerária tamanha rigidez, diante de um mundo tão dinâmico, especialmente naquela metrópole.

O Município de Petrópolis tratou a revisão/alteração de forma bem interessante em seu Plano Diretor. Previu ali mesmo a revisão quadrienal, cujo projeto de lei deverá ser encaminhado à Câmara Municipal entre 60 e 120 dias antes da apresentação do projeto de Plano Plurianual; isso facilitará, em tese, maior sincronia entre o planejamento orçamentário e o planejamento urbano. Ao mencionar a existência de revisões extraordinárias, feitas a qualquer tempo, evita, por outro lado, o engessamento do Plano Diretor.¹⁷⁰

Em geral, o próprio Plano Diretor costuma afirmar o condicionamento da revisão à participação popular e ao respeito ao sistema de planejamento. A inobservância dessas condições, aliás, permitirá o questionamento até mesmo de alterações pontuais no Plano Diretor. Há, inclusive, julgados a concluir pela nulidade de leis aprovadas sem considerar tais requisitos.¹⁷¹

Pelo que ficou afirmado a título da elaboração do projeto de lei do Plano Diretor, é de se reconhecer à Câmara Municipal a capacidade de alterar o Plano Diretor nos pontos em que não se verificar a iniciativa privativa do Prefeito. Não obstante decisões judiciais em contrário, essa parece ser a melhor corrente. Deverá ser observada, todavia, a coerência com o sistema de planejamento, pressuposto de validade de qualquer alteração; em hipótese alguma, será lícito,

¹⁶⁸ Ver por exemplo ADIn nº 2001 00 2 003669-8; ADIn nº 2000 00 2 005590-2; ADIn nº 2001002001472-8, todas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e fundamentadas nos artigos 319 e 320 da LODF.

¹⁶⁹ Art. 294 da Lei Municipal nº 13.430/02.

¹⁷⁰ Arts. 1º, §§ e 2º, §§ da Lei Municipal nº 6.070/03.

¹⁷¹ No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ver Representação de Inconstitucionalidade nº2000.007.00139; no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ver Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 70005449053 , nº 70008224669 e nº 70002576072.

porém, alterar dispositivos que disciplinem a organização interna do Poder Executivo.

Em todo e qualquer caso, descarta-se aqui a idéia de que necessariamente o Plano Diretor tenha prazo de validade predeterminado. Se por qualquer motivo não for empreendida a revisão necessária, a lei que estabelece o Plano Diretor continuará em vigor, salvo se ela própria expressamente estabelecer prazo final de vigência; todavia, isso não será inferido a partir da previsão de revisão periódica. Uma coisa é o dever de rever a lei, mesmo quando se houver de elaborar uma nova; outra é fixar, do ponto de vista jurídico, o tempo pelo qual uma lei será aplicável.

2.3 - A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

Não há receita específica sobre como proceder à participação popular na elaboração do Plano Diretor. Nem poderia ser diferente, diante da realidade de cada Município e da própria autonomia local. Todavia, há na legislação nacional determinações importantes e capazes, por si só, de invalidar certas experiências.

¹⁷²

O Estatuto da Cidade dispõe que, na elaboração daquele pilar do desenvolvimento urbano, sejam garantidos pelos Poderes Executivo e Legislativo municipais a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade.¹⁷³ Não aparecem ali o quantitativo mínimo de eventos nem a sequência predeterminada. Mas há o dever do Município e o direito dos seus habitantes de participar da formulação do instrumento básico da política de desenvolvimento urbano de forma verdadeira e efetiva.

Mesmo diante de tamanha diversidade, algumas considerações gerais são cabíveis, sem o menor escopo de oferecer roteiro comum às várias Municipalidades.

Certamente, o ideal é que antes de se iniciar a revisão ocorram eventos capazes de disseminar o conhecimento sobre o assunto e a sensibilização para a causa. Por mais incrível que possa parecer, o desânimo popular costuma manifestar-se também diante desse assunto vital que é organizar o próprio espaço onde a sociedade se realiza; tal constatação requer iniciativas voltadas para motivação. Em suma, é mais do que recomendável a preparação do campo para o

¹⁷² Na Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 12.821-0, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a ausência de participação popular na elaboração do Plano Diretor prejudicou sua validade, com base na Lei Orgânica Municipal e na Constituição da República. O julgamento foi no ano de 1994, quando inexistia o Estatuto da Cidade.

¹⁷³ Art. 40, § 4º.

grande debate a ser travado. Definitivamente, “é importante que a população entenda claramente o que é o Plano Diretor Municipal, a importância do Plano para resolver problemas recorrentes na organização socioespacial da cidade e participe desde o início de sua construção”.¹⁷⁴

A difusão simultânea de conhecimento e sensibilidade pode se dar com seminários e até mesmo fomentando-se a reunião de comunidades e associações civis representativas, para refletirem sobre a cidade e o campo. Para os Municípios que têm Plano Diretor e irão revê-lo, isso pode passar até mesmo pela reflexão sobre a experiência anterior. De certa forma, as Conferências das Cidades, estimuladas pelo Governo Federal, cumprem em parte esse papel, mas é oportuno que ações mais específicas antecedam a elaboração/revisão do Plano Diretor. Inclui-se aí um esforço pela capacitação de lideranças comunitárias, como uma tônica desse momento. No mesmo contexto preliminar - aproveitando-se tais eventos - poderia ser concebido o método indicado para a elaboração/revisão do Plano Diretor. Há alternativas distintas, desde reuniões com todos os interessados a partir dos grandes temas (diretrizes gerais, macrozonamento, instrumentos etc.), até os debates por localidades mais específicas (bairros ou regiões).

Neste circuito preparatório, como aliás em qualquer outro momento, com ou sem revisão do Plano Diretor, deve ser assegurado o acesso aos documentos e informações existentes. Seria recomendável alguma forma de divulgação geral daqueles mais esclarecedores sobre a realidade urbana. O Estatuto da Cidade, ao prever tais exigências, apenas reafirma o direito constitucional à informação existente em face da Administração Pública.¹⁷⁵

A fase inicial do processo de elaboração do Plano Diretor há de ser precedida também de ampla divulgação dos eventos programados. Nesse sentido seria indicado contar com meios difusos e complementares para divulgação (faixas nas ruas, carros de som, avisos em rádios, internet etc), bem como travar contatos diretos e mais formais com entidades representativas da sociedade civil (entidades de classe profissional, associação de moradores, igrejas etc.).

No primeiro momento pode ser interessante a fixação de prazo para a apresentação de propostas populares, quanto aos temas e até mesmo acerca do tratamento indicado para as questões julgadas relevantes. Deixar que a população se manifeste livremente seria de grande valia para identificar os problemas verdadeiramente sentidos pelos munícipes. Além disso, essa tarefa tende a reforçar o comprometimento em pensar o Município e buscar soluções, possibilita um circuito de comunicação e debate, além de estimular, desde o início, postura mais ativa dos interessados em participar do processo apenas iniciado. A experiência vivida, ferramenta poderosa que é, não pode ser ignorada, nem na identificação das necessidades, nem na busca de soluções.

¹⁷⁴ In **Plano Diretor Participativo**. Brasília: Ministério das Cidades, 2004, p. 47.

¹⁷⁵ No Estatuto, ver artigo 40, § 4º, II e III; na Carta Constitucional, art. 5º, XXXIII e XXXIV.

Mais cedo ou mais tarde, haverá a necessidade de materializar-se proposta integral ou parcial sobre o conteúdo do Plano Diretor. Não é razoável imaginar que cada detalhe dessa proposta seja construído em audiências públicas ou em grupos bem amplos. Tal atividade requer dedicação intensa de tempo e concentração típica de grupos pequenos, dada à complexidade que comporta. Normalmente acaba recaindo em equipe de agentes públicos encarregados também de conduzir todo o processo de revisão. Em uma tentativa de aprofundar a prática democrática, nessa equipe poderia haver representantes indicados a partir de fóruns da sociedade civil, ou pelo menos seus trabalhos poderiam ser acompanhados por qualquer interessado.

Em todo caso, alguns eventos de grande âmbito devem ser organizados para discutir as questões mais amplas, pelo menos para buscar a formulação básica do tratamento desejado. Por vezes isso terá melhor resultado partindo-se de uma proposta preliminar; em outras ocasiões será mais conveniente lançar a questão em aberto, para na audiência pública se buscar posição mais concreta. No primeiro caso, em regra penso se incluir o macrozoneamento, com as características principais de cada macrozona; é difícil tecer essa costura delicada em evento de grande porte. Por outro lado, os objetivos gerais e as diretrizes podem ser frutos germinados nas audiências públicas.

Uma versão preliminar do Plano Diretor, elaborada pelos agentes indicados, deve ser apresentada para debate junto à população interessada. Mais do que discuti-la logo após sua apresentação em público, por um ou dois dias, seria apropriada sua disponibilização por tempo prévio e razoável para leitura reflexiva. Nesse passo, é interessante permitir a apresentação de comentários e sugestões formais sobre a proposta inicial. Melhor ainda será chegar à instância da consulta pública, por meio da abertura de período para manifestação dos interessados.

A inspiração aqui vem dos relatos acerca da experiência portuguesa, feitos por Fernando Alves Correia. Pela legislação daquele país, necessariamente será aberto prazo para apresentação de propostas e críticas, as quais deverão ser analisadas pelo órgão responsável pelo Plano, demonstrando expressamente os motivos da aceitação ou da recusa do que foi recebido. Essa etapa ocorre, em terras lusitanas, já no final do processo, mas parece que ela seria mais oportuna em fase intermediária, pois a abertura para o debate tende a ser maior.¹⁷⁶ Uma alternativa seria deixar o encaminhamento de críticas e propostas da população para evento público (audiência), após a versão inicial ser divulgada para consulta.

¹⁷⁶ *In O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, edição citada, p. 266 - 268. A consulta pública está prevista para os processos administrativos federais e tem dinâmica bem parecida com as apresentadas pelo jurista português, mas a aplicação da Lei Federal 9.784/99 é restrita à União e às entidades de sua Administração Indireta (art. 31). Será necessário que o Município discipline tal procedimento por normas próprias.

É importante compreender que o processo participativo tem como grande contribuição permitir à população não só assimilar conhecimento, mas também manifestar-se diante dos rumos a serem tomados e com isso fomentar a reflexão de todos os envolvidos. Reuniões para mera apresentação de propostas pelos agentes públicos, sem abertura para o debate e para a contraproposta é claramente uma farsa no tocante à participação exigida legalmente. Todavia, pelo menos até o momento, não se construiu o entendimento de que os eventos públicos devam ter caráter deliberativo sobre o conteúdo do plano; não é forçoso que eles tenham capacidade efetiva de decidir o destino daquela peça, inexistindo garantias de que as propostas formuladas pela população sejam necessariamente incorporadas. Do ponto de vista jurídico, esses eventos não vinculam, de modo determinante e definitivo, o resultado final, o projeto de lei do Plano Diretor.

A transferência do poder decisório em assunto de tão amplo alcance, como a elaboração do Plano Diretor, a afetar significativamente a vida da população e a atuação do Poder Público local em várias dimensões, é mesmo delicada. Por mais que se reconheça o profundo desgaste das formas de nossa representação política, o fato é que ainda não se conseguiu desenhar sistema substituto para a tomada de decisões públicas de amplo alcance. A bem da verdade, as audiências públicas não costumam reunir parcela expressiva da população; na prática, não costumam comprometer diretamente sequer um por cento dos habitantes. Para agravar o quadro, normalmente se verifica uma super-representação de grupos minoritários nesse processo, especialmente onde há mercado imobiliário mais atuante. A tendência é que tal distorção fique ainda mais intensa, se os eventos tiverem caráter deliberativo. Conquanto tenhamos experiências animadoras em outras áreas, como o orçamento participativo ou os conselhos deliberativos de políticas setoriais, a realidade é que elas se manifestam diante de temas mais específicos.

Discordo, com o devido respeito, de quem vê nesse tom eminentemente consultivo uma pseudoparticipação.¹⁷⁷ Sem dúvida temos que aspirar por um quadro capaz de solucionar a crise de representação popular nas instituições do típico Estado Democrático Moderno. A discussão do Plano Diretor junto à população, nos moldes apresentados, não é a superação completa desse problema. Daí a não se enxergar uma forma de participação popular na criação de fóruns, nos quais as pessoas interessadas podem se organizar e manifestar seus interesses, parece visão, à sua maneira, encerrada em uma ótica condicionada a medir a realidade com o parâmetro de um ideal abstrato, que, normalmente, nem se sabe como materializá-lo. De qualquer sorte, por ora não vejo como atestar, do ponto de vista jurídico, a invalidade do processo de participação popular com caráter consultivo.

¹⁷⁷ SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2002, p. 200 - 207

Talvez em alguns campos mais específicos seja mais factível dotar a participação popular de força deliberativa sobre o conteúdo do Plano Diretor. As experiências do orçamento participativo permitem imaginar, por exemplo, a transferência aos participantes para decidirem sobre a ordem de prioridade das ações públicas, dando-se ainda mais legitimidade à idéia do plano-programa defendida por Ermínia Maricato. Isso pode envolver inclusive a definição de critérios ou mesmo de localidades para atendimento mais rápido no tocante à regularização urbanística e fundiária, como de resto para as grandes intervenções públicas. O Plano Diretor de Macapá prevê a prioridade para implementação de ações ligadas aos programas e projetos de habitação em loteamentos populares, identificados nominalmente, destacando especialmente aqueles que não possuem serviço de eletrificação total.¹⁷⁸ Essa proposição partiu de representantes de comunidades presentes em audiências públicas.

A propósito, não se deve ignorar a força de proposta lançada nos fóruns destinados à participação popular e que ali mesmo obtenha adesão firme entre os presentes. As chances de ela repercutir, de modo mais amplo, na sociedade são significativas e a mobilização contínua amplia a possibilidade de incorporação ao Plano, mesmo quando houver resistência inicial do Poder Público. Sem dúvida, o simples fato de ocorrer o debate, expondo as autoridades públicas a uma arena de conflitos, onde elas devem explicações, já é conquista notável para um país de tradição autoritária. Mas fique bem claro, não há aqui uma sentença conformada e conformista: é preciso avançar em busca de democracia mais viva e vibrante.

Por tudo que foi dito, a realização de plebiscito ou referendo não chega a ser etapa forçosa nesse circuito. O Estatuto da Cidade não lista essas providências, mas com certeza elas poderão ser uma alternativa diante de pontos mais conflitantes, em busca da maior legitimidade da decisão.

Embora nesta obra o escopo seja discutir a elaboração do Plano Diretor, não se deve deixar de observar que a manifestação da sociedade civil também precisa se operar na gestão urbana, especialmente nas questões de maior impacto sobre o desenvolvimento urbano, como a aprovação de operações urbanas consorciadas, a urbanização de novas áreas, a concessão de licença em casos de atividades de grande porte ou que promovam incômodos significativos. A permeabilidade à participação popular é uma das marcas indeléveis de toda atividade pública relacionada ao desenvolvimento urbano, expressa com nitidez na figura da “gestão democrática da cidade”.

Tanto maior é a exigência quanto maior for a discricionariedade conferida aos órgãos públicos para decidir sobre o desenvolvimento urbano. Se a amarra da lei fica de alguma forma mais branda, o “poder criativo e plasmador do direito”¹⁷⁹ a ser exercido pela Administração Pública - que definirá, em certas ocasiões, a solução para cada caso concreto -, deverá estar aberto por outras vias

¹⁷⁸ Art. 129, § 1º da Lei Complementar nº 26/04.

¹⁷⁹ Expressão utilizada por Fernando Alves Correia, na obra citada, p. 261.

que assegurem a representação do detentor do poder na democracia: o povo; ao propiciar a maior legitimidade da decisão, essa prática tende a minimizar o risco de os agentes políticos ou servidores públicos sentirem-se aptos ao livre arbítrio no trato da coisa pública.

Ainda que a elaboração/revisão do Plano Diretor mereçam cuidados especiais, decerto o aperfeiçoamento ou mesmo a implementação da gestão democrática da cidade é fator apto a contribuir, em muito, para reforçar e capacitar a participação popular, conferindo maior intimidade com o desenvolvimento urbano.

2.4 - ATIVIDADES PRELIMINARES PARA A ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR

Um dos problemas usualmente apontados no tocante à elaboração do Plano Diretor é o alto grau de dependência dessa tarefa em relação à estrutura administrativa; com efeito, para que o planejamento urbano possa funcionar bem, faz-se necessária uma série de providências como a atualização constante de cadastros físico-territoriais, a existência de mapas e de equipe técnica capacitada e integrada, a interlocução entre áreas complementares da Prefeitura etc.. Afora a complexidade para se reunir esses elementos na prática administrativa brasileira, o custo financeiro é expressivo.

Embora seja uma peça eminentemente política, o Plano Diretor não se constrói sem conhecimento da realidade, o que requer informações e esclarecimentos técnicos. Na perspectiva de se construir uma nova realidade, não se prescinde do saber sistematizado, seja ele científico ou não.

Não é o escopo deste trabalho esmiuçar a base de informação necessária para elaboração do Plano Diretor. Isso pode variar conforme a pretensão e as efetivas possibilidades de cada Município. Na época dos Planos Diretores de Desenvolvimento Integrado, o diagnóstico costumava ser bastante extenso e complexo. Hoje a tônica já não é mais essa.

Mesmo assim, alguns conhecimentos preliminares seriam importantes ao bom planejamento de qualquer cidade. Arrisco-me a listar os seguintes pontos:

- sistema ambiental local e sua integração regional;
- sistema viário local e sua integração regional;
- distribuição das redes e equipamentos de infra-estrutura;
- distribuição dos equipamentos comunitários;
- perfil socioeconômico de cada área do território municipal;
- conhecimento das áreas de ocupação irregular;
- cadastro imobiliário atualizado, se possível associado com

- informações socioeconômicas;
- dinâmica imobiliária;

Quanto aos agentes que devem participar do processo de elaboração/revisão do Plano Diretor, o ideal é que haja realmente um grupo interdisciplinar verdadeiramente integrado, a viver o planejamento como experiência contínua e não ocasional, de dez em dez anos. Uma das críticas mais certeiras é que muitos órgãos da Prefeitura importantes para esse processo não têm por hábito o diálogo, nem mesmo em temas que lhes sejam comuns. É incrível, por exemplo, que planejadores desperdicem a experiência acumulada dos responsáveis pelo controle urbano, mas a verdade é que isso frequentemente ocorre.¹⁸⁰ Uma das causas desse divórcio é a própria fonte de saber valorizada pela modernidade no século XX: o forte apego à teoria e o despreço ao saber empírico. Esse equívoco tem que ser desfeito o quanto antes: para o desenvolvimento urbano é fundamental que planejadores e gestores convivam intensamente e compartilhem experiências.

A equipe municipal deverá também estar bem informada acerca da realidade local e atualizada com as experiências de outros Municípios; haverá de estar a par dos limites e das possibilidades, de fato e de direito, que se aplicam à sua realidade.

Tudo isso implica em custos. Reconhecidamente a situação econômica de muitos Municípios não é boa. Além de questões locais mais específicas, a verdade é que se logo após a promulgação da Constituição de 1988 os Municípios tiveram em média uma melhora quanto à capacidade econômica, ao longo da década de 1990 sucede um refluxo ainda não estancado: o Município assume cada vez mais obrigações, enquanto assiste cair sua participação no bolo das receitas. A dura realidade enfrentada, aliada em muitos casos à má gestão municipal, torna o quadro complexo. A criatividade é sempre capaz de oferecer alternativas interessantes, mas, sem um mínimo de estrutura e de recursos, a elaboração do Plano Diretor tende a ficar prejudicada.

Vale a menção de que alguns organismos internacionais e a União Federal possuem programas para financiar a elaboração/revisão do Plano Diretor. Muitas críticas rondam tais sistemas de financiamento, especialmente quanto ao excesso de condições impostas, obstruindo as chances de acesso.

O Estatuto da Cidade procurou contribuir com a causa, mas o fez de modo pontual, ao inserir o aporte de recursos técnicos e financeiros para elaboração do Plano Diretor entre as medidas compensatórias nos casos de

¹⁸⁰ Esse fato é registrado no artigo **As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias** de Ermínia Maricato, edição citada, p. 182. Quem já teve a oportunidade de trabalhar na elaboração do projeto de lei do Plano Diretor percebe isso e até escuta freqüentes queixas dos encarregados da fiscalização, que muitas vezes estão mesmos aliados da atividade planejadora.

atividades ou empreendimentos causadores de impacto ambiental regional ou nacional. Os Municípios situados na área de influência do impacto têm o direito de reivindicar o apoio da entidade submetida ao licenciamento ambiental com tais características.

Certamente, outras alternativas podem ser buscadas pelo Município se não dispuser de recursos próprios para arcar com a construção do Plano Diretor. Todavia, fique bem claro, o Poder Público local precisa compreender que está em pauta uma de suas principais missões: promover o desenvolvimento urbano, de acordo com a função social da cidade. Se o fizer de modo adequado trabalhará para construir uma sociedade livre, justa e solidária, ao mesmo tempo em que garantirá o desenvolvimento nacional e dará passos para erradicar a pobreza e a marginalização. Por essas razões, será inaceitável a negligência diante do desafio que é o de promover vida mais digna para a população. O Plano Diretor merece atenção especial e o devido aporte de verbas, no limite das possibilidades municipais.

CAPÍTULO 3 – O CONTEÚDO DO PLANO DIRETOR

Não há como delimitar, em caráter prévio e geral, o conteúdo adequado para o Plano Diretor. Por se tratar de uma lei inicial sobre o desenvolvimento urbano, assunto a ser desmembrado e pormenorizado em outras leis, aparece sempre a questão sobre o que merece ser antecipado por ele e sobre o que é mais conveniente ficar para um segundo momento. Na prática, a ascendência do Plano Diretor sobre a legislação local costuma atrair determinadas questões para aquele Diploma Legal, pois tal inclusão além de conferir status, propicia maior estabilidade para o tratamento desejado. A abertura para participação popular potencializa ainda mais a diversidade de temas.

Longe da preocupação de demarcar os “assuntos necessários” ao Plano Diretor, cabe afirmar que ele deve espelhar aquilo que se considera maduro para constar no instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, a partir do processo de planejamento participativo. Por uma questão de lógica, há de se deixar no Plano Diretor os mandamentos concebidos para nortear o desenvolvimento local. Isso não significa que ali somente se inscrevam objetivos, princípios e diretrizes. Não há motivo para evitar, em absoluto, normas a conformar diretamente certos fatos sociais, capazes, portanto, de aplicação imediata.

Antes de lançar comentários sobre as matérias costumeiramente tratadas no Plano Diretor, cumpre destacar a confusão promovida pelo Estatuto da Cidade acerca do conteúdo mínimo daquele instrumento.

3.1 - CONTEÚDO MÍNIMO SEGUNDO O ESTATUTO DA CIDADE

As normas gerais, estabelecidas pela União a partir da competência legislativa concorrente, devem observar os primados de nosso Estado Federal. Destaca-se nesse plano a questão da autonomia das entidades federativas, as quais precisam ter “espaço político” para decidir seu próprio destino. Tudo isso conduz à idéia de que a expressão “normas gerais” encerra idéia de limitação, como, aliás, está expresso no dispositivo constitucional, ao estabelecer que “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.¹⁸¹

Atento à etimologia, Geraldo Ataliba, em texto escrito ainda na vigência da Constituição de 1969, onde a expressão já era utilizada, lembra que autonomia significa governo dos próprios interesses, o que se dá mediante autoridades e

¹⁸¹ Art. 24, § 1º

normas próprias, sendo autônomos reciprocamente no Brasil, a União, Estados e Municípios. Como é de se esperar em um Estado verdadeiramente federal,

“Os três têm seus poderes e faculdades concedidos e disciplinados diretamente pela Constituição. Não há qualquer hierarquia entre eles, em contraste com a organização constitucional dos Estados unitários, onde as províncias e comunas ficam em posição de inferioridade diante do Estado”.¹⁸²

Frisada nestes termos a questão da autonomia, o ilustre professor considera então:

“Jamais seria admissível norma geral restringindo ou peiando o princípio democrático, ou o federal, ou o da autonomia municipal, ou o da independência e harmonia dos poderes ou qualquer dos demais princípios categoriais do sistema. No caso da mais leve dúvida, o intérprete não pode hesitar: optará por curvar-se a êstes, rejeitando a norma geral”.¹⁸³

Ao definir que ao Município compete promover o desenvolvimento urbano, promovendo inclusive o adequado ordenamento territorial, a Carta Constitucional de 1988 reservou-lhe a escolha dos caminhos, observadas certas condições nacionais. Tais condições, a meu ver, podem oferecer maiores garantias à participação popular, bem como reforçar o planejamento urbano, além de apontar diretrizes a serem seguidas, como o dever de promover a regularização urbanística e de proteger o meio ambiente; em alguns casos até será cabível estabelecer nacionalmente a uniformização sobre certas questões concretas (afastamento mínimo das construções em relação aos rios, por exemplo). Normas gerais, fique bem claro, não é expressão que forçosamente designa apenas mandamentos sem capacidade de conformar os fatos sociais, isto é, sem maior densidade normativa, a conter comandos extremamente vagos.

Todavia, subtrair do Município a definição da estratégia a seguir, retirar, em última análise, do planejamento participativo a qualidade de instância apropriada para definir como se dará o desenvolvimento local, é agredir as premissas do nosso Estado Federal; mais especificamente: é ir de encontro à capacidade de autodeterminação da comunidade local; é regredir ao regime de “tutela municipal”, certamente um dos motivos do atraso de nossa democracia, como tão bem constatou Victor Nunes Leal.¹⁸⁴ Por mais que possamos estar convencidos sobre a pertinência desse ou daquele instrumento para o desenvolvimento urbano, é a população local que deve exigí-lo ou concordar com a proposta lançada em torno dele. Mesmo que possam ocorrer derrotas em torno

¹⁸² No artigo **Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios**, publicado na Revista de Direito Público (RDP) nº 10, p. 59.

¹⁸³ Idem, p. 61

¹⁸⁴ As críticas transparecem ao longo da notável obra **Coronelismo, Enxada e Voto**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

de uma visão mais humanista do desenvolvimento urbano, é assim que se constrói a democracia e não com imposição vertical dessa ordem, mesmo quando bem- intencionada.

Com respeito aos muitos autores que pensam o contrário, nem do ponto de vista político-democrático nem do ponto de vista jurídico-constitucional parece viável o entendimento segundo o qual o Plano Diretor deva conter previsões sobre este ou aquele instrumento, por imposição de normas elaboradas pela União, o que faria pressupor a adoção compulsória.

Visivelmente, a crítica dirige-se à infeliz redação do artigo 42 do Estatuto da Cidade. Não se pode levar ao pé-da-letra a obrigatoriedade de o Plano Diretor delimitar as áreas de incidência do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Nem mesmo que ele deva conter disposições relacionadas ao direito de preempção, à outorga onerosa, à transferência do direito de construir e à operação urbana consorciada. O motivo é muito simples: é o Município, cada Município, que deve definir os instrumentos adequados para seu desenvolvimento urbano. Como determinar a adoção daquelas ferramentas, antes mesmo de o Município identificar quais são os problemas a serem enfrentados e sem os discutir com a comunidade? Isso é até mesmo contraditório às práticas do bom planejamento. É não só colocar a carroça na frente dos bois, como também tentar empurrá-la na direção da autonomia municipal. A sorte é que, nessas condições, a carroça não pode cumprir bem seu destino, não só pela má-disposição de seus elementos, mas também porque ela haveria de passar por cima da Constituição, algo que nosso Estado Democrático de Direito não permite.

Para salvar-se o texto do Estatuto da Cidade da pecha de inconstitucional, só há uma saída: concluir que o Plano Diretor deverá conter as previsões indicadas no Estatuto da Cidade, em relação aos instrumentos ali descritos, tão-somente se o Município, em seu processo participativo, entender pela necessidade de recorrer a eles. O que existe ali é o condicionamento do exercício de uma faculdade municipal: se o Município quiser adotar tais instrumentos, deverá fazê-lo a partir do seu Plano Diretor, definindo nele alguns aspectos de sua aplicação. Até aí não há motivo para se falar em violação da autonomia municipal, pois essa necessidade se extrai do papel evidente do Plano Diretor de externalizar as ferramentas para promoção do desenvolvimento urbano. Para compatibilizar os incisos I e II do artigo 42 do Estatuto da Cidade com nossa ordem constitucional, é inevitável ler nas entrelinhas uma ressalva: a obrigatoriedade existe, se o Município optar pela utilização daqueles instrumentos. Emprego aqui o remédio que o Direito Constitucional denomina de “interpretação conforme a Constituição”, pelo qual o intérprete precisa adequar o que está escrito na lei à Magna Carta, ajustando o que for necessário para impedir que a literalidade da norma infraconstitucional avance contra a Lei Maior.

A mesma crítica não me parece aplicável ao inciso III do dispositivo citado. Isto porque, independentemente dos caminhos escolhidos, é inerente ao

espírito do planejamento, exigido na Lei Maior, o acompanhamento e o controle da implementação do plano. É a forma de se confirmar na prática os acertos e os equívocos da estratégia traçada e, conforme o caso, mudar o curso em maior ou menor escala.

Diante das considerações acima, uma pergunta se eleva: a única exigência acerca do Plano Diretor então é que ele contenha sistema de acompanhamento e controle?

Mais do que o sistema de acompanhamento e de controle, o que parece indispensável ao Plano Diretor é estabelecer em linhas bem detalhadas o sistema de planejamento urbano, abrangendo aqueles dois aspectos destacados na lei, mas não apenas eles. Ainda que não precise esgotar o assunto, é inevitável conceber o exercício da atividade planejadora por se tratar de condicionante fundamental para a atribuição municipal em questão: promover o desenvolvimento urbano. Há de se conferir ao assunto o tratamento suficiente para dar imediata efetividade ao princípio da vinculação das normas urbanísticas ao planejamento urbano. Se essa definição não ocorrer no instrumento básico da política urbana, onde e quando irá ocorrer? Prosseguir no ordenamento territorial sem estar organizado o sistema de planejamento urbano não se coaduna com nossa ordem constitucional. A postergação completa dessa questão, inexistindo sequer solução transitória para organizar a atividade planejadora, compromete a validade do Plano Diretor, que deixará de cumprir papel elementar para a política de desenvolvimento urbano.

É de se esperar, portanto, que os Planos Diretores estabeleçam o sistema de planejamento e as formas de assegurar a participação popular nesse processo. O mesmo se diga em relação à gestão urbana.

Isso ocorre de modo bem interessante no Plano Diretor de São Paulo, onde alguns equívocos em termos técnicos utilizados nem de longe comprometem a felicidade de suas proposições. Prevê-se ali o sistema de informações, determinando-se algumas diretrizes a serem observadas, como a clareza e a divulgação periódica dos dados coletados; se o Plano não o organiza de imediato, pelo menos fixa o prazo para sua estruturação: 12 (doze) meses. São contempladas também as leis que devem ser elaboradas para dar continuidade ao ordenamento territorial, as próximas missões dos planejadores/legisladores, no intuito de construir a cidade pretendida; para as leis mais importantes é fixado prazo para a elaboração.

O Plano Diretor de São Paulo define ainda os órgãos que participam do processo de planejamento. Além de listar as hipóteses de participação popular, estabelece a periodicidade da Conferência Municipal de Política Urbana, definindo assuntos a serem debatidos nela. De igual sorte, não só contempla a existência de Conselho Municipal de Política Urbana, mas também sua composição e atribuições. Faz o mesmo em relação ao órgão que denomina de Câmara Técnica

de Legislação Urbanística, no qual também haverá representantes da sociedade civil, como ocorre no Conselho. Assegura de imediato a realização, no âmbito do Executivo, de Audiências Públicas referentes a empreendimentos ou atividades públicas ou privadas em processo de implantação, com efeitos potencialmente negativos sobre a vizinhança no seu entorno, o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população, para os quais serão exigidos estudos e relatórios de impacto ambiental e de vizinhança nos termos especificados em lei municipal.

Afora conceber a operação do planejamento e gestão, ao Plano Diretor, como o próprio nome sugere, cumprirá dirigir o desenvolvimento urbano. Sendo assim, há de se exigir que aponte os princípios, os objetivos e as diretrizes dessa notável caminhada. O delineamento da estratégia, com a previsão e articulação de seus instrumentos e ações, há de ser configurada também nessa oportunidade.

Neste capítulo pretendo comentar assuntos freqüentes em Planos Diretores, mas há de se reafirmar que muitos deles dependem das condições de cada Município e das opções realizadas.

3.2 - PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIRETRIZES

Na tarefa de desenhar o desenvolvimento urbano, seu instrumento básico precisa definir quais os princípios, os objetivos e as diretrizes que definirão a textura e as cores das imagens projetadas. É extremamente comum ver que os legisladores andam a confundir cada uma dessas figuras, equívoco técnico que, em verdade, não traz maiores consequências práticas: primeiro porque os mandamentos valem pelo que são e não pelo nome que acertada ou erradamente lhe deram; segundo porque, em todos os casos, tratamos de normas condicionantes do sistema jurídico e das ações a serem empreendidas.

Princípio, a rigor, é aquele posicionamento inicial adotado para organização de um sistema; na essência, o princípio jurídico é formulação que contém verdadeira opção de valor, orientando e mesmo condicionando as demais formulações. Evidentemente decorre da apreciação racional e prévia sobre o que se pretende realizar, mas, entre as muitas hipóteses disponíveis, escolhe-se uma referência. É o caso dos já mencionados princípios da função social da cidade, da função social da propriedade e da vinculação à atividade planejadora.

Já os objetivos são resultados almejados. No caso do planejamento urbano, os objetivos representam a transformação pretendida, constituem a própria razão de ser da atividade planejadora.

As diretrizes configuram-se como modos de agir. São verdadeiras opções estratégicas feitas, de conteúdo ainda genérico, para orientar o arranjo das

ações. Não têm a concretude de uma ação específica, nem são propriamente os resultados desejados: portam, sim, normas de procedimento, linhas-mestras que orientam como se atingir os objetivos, mas sem conter operacionalidade imediata.

Sobretudo a diferenciação entre objetivos e diretrizes, na prática, apresenta dificuldades, até porque há relação bastante íntima entre eles. Por vezes, tudo depende de como se enxergam as coisas. Mas é possível formular aqui alguns exemplos onde a distinção fica mais clara. Se o objetivo é preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, uma diretriz poderá ser a restrição da ocupação de áreas de fragilidade ambiental ou mesmo a criação de unidades de conservação pelo Município. Outro exemplo: se o objetivo é promover a inclusão de todos na cidade formal, a diretriz poderá ser a regularização urbanística e fundiária pelo Município, de modo integrado a políticas sociais.

Mais importante do que diferenciar princípios, objetivos e diretrizes é reafirmar o caráter condicionante que eles têm perante o Direito. Pela maior abertura de seus mandamentos, ainda se verifica algum embaraço na aplicação dessas normas. Porque as Constituições normalmente contêm muitos mandamentos com tal característica, é no Direito Constitucional que se encontram as principais observações sobre a aplicabilidade e eficácia desse tipo de normas jurídicas; tais observações podem ser estendidas, na realidade, a qualquer diploma legal.

Por isso é perfeitamente possível ampliar para toda lei o alcance da assertiva de Ruy Barbosa no sentido de que numa Constituição não haveria cláusulas a que se devesse atribuir “meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições”; todas teriam força imperativa de regras; o que ocorria, porém, era que algumas não se revestiam dos meios essenciais para garantir o exercício imediato de direitos ou encargos: teriam que aguardar que “a legislatura, segundo seu critério, habilitasse esse exercício”.¹⁸⁵

Em sua consagrada sistematização sobre a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, lastreada na doutrina italiana, José Afonso da Silva elucida a capacidade de condicionamento que têm as normas jurídicas em geral. Decerto isso varia em razão do mandamento posto, mas mesmo as normas classificadas como de “eficácia limitada”, exatamente aquelas que ficam a aguardar futura lei sobre o assunto, se prestam, pelo menos, à possibilidade de submeter um indivíduo, o Estado, a uma abstenção: a de não atentar por leis ou atos contra os princípios institutivos ou normas programáticas ali contidas. É verdade que, em geral, não chegam a conformar definitivamente o interesse juridicamente protegido, diante da situação (sumariamente) contemplada. Não apresentam a “densidade suficiente para alicerçar diretamente direitos e deveres do cidadão”, como leciona Canotilho, especialmente sobre as normas-fim

¹⁸⁵ In **Comentários à Constituição Federal Brasileira – Volume 2**. São Paulo: Saraiva&Cia, 1933.

(objetivos) e normas-tarefas (diretrizes e ações), que normalmente são chamadas de “programáticas”.¹⁸⁶

Toda norma possui eficácia correspondente ao seu preceito, e este é construído de acordo com a conveniência e oportunidade consideradas durante os trabalhos legislativos. Talvez até pela consciência de que não há conhecimento ou convicção suficientes, até aquele momento, o tratamento mais consistente sobre o tema seja postergado.¹⁸⁷

A idéia de norma ineficaz e/ou de norma que não seja auto-executável parte da equivocada perspectiva de existir norma jurídica destituída de imperatividade. Por sorte, o constitucionalismo moderno vem conseguindo afastar a esdrúxula proposição, que, por tantos anos, logrou inibir a potencialidade das Constituições, especialmente quando elas procuraram ser o dínamo da transformação. No fundo, o ataque era centrado aos princípios e diretrizes.

A título geral, Miguel Reale já ensinava que

“Se o Direito é normativo, é sinal que ele não pode se limitar a ser um simples *juízo hipotético*, do qual não resulte obrigatoriedade: o Direito, que o jurista analisa, é sempre imperativo, porquanto estabelece uma norma e determina que tais conseqüências devem necessariamente advir, uma vez ocorrida determinada hipótese”.¹⁸⁸

Na medida em que dispõe sempre um mandamento imperativo, a norma tem a capacidade de conformar a situação dentro do que prevê, sendo, portanto, eficaz. Não deixa de ser imperativa - e consequentemente eficaz - a norma que condiciona a legislação superveniente e mesmo a que lhe tenha precedido, ainda que não seja capaz de regulamentar, por si só, uma situação do mundo fático. Em suma, o destino da norma jurídica é ser imperativa: cumprir-lhe determinar algo que deve ser.

Assim, é descabido o entendimento de que nenhum efeito jurídico decorra dos princípios, objetivos e mesmo diretrizes, mesmo quando inseridos em lei: eles também são normas jurídicas. Mas, a bem da verdade, a efetividade varia conforme a densidade do mandamento que portem. Por isso mesmo, podem se revelar incompletos para criar obrigação de fazer.

¹⁸⁶ In **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, edição citada, p. 1043. Advirta-se que o autor utiliza a terminologia “norma programática”, em reconhecimento a sua consagração, mas manifesta sua impropriedade.

¹⁸⁷ A respeito desse ponto cumpre destacar as lições de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (In **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 121) e de Luís Roberto Barroso (In **Efetividade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 74).

¹⁸⁸ In **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 84

Por mais que esteja assentado entre nós o princípio da função social da propriedade, dele, por si só, seria improvável chegar-se ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, sem previsão mais específica em outra norma legal. Nosso Estado de Direito, em respeito à liberdade civil, requer normas mais específicas para tornar exigível um fazer ou deixar de fazer por pessoa física ou jurídica. A própria ação da Administração Pública depende de comando mais preciso.

Daí decorre a usual afirmação de que a principal aplicabilidade dos princípios, e também dos objetivos e diretrizes, está em impedir a edição de normas contrárias ao que eles propagam. Seriam mandamentos a orientar especialmente o legislador, a condicionar a validade das demais normas jurídicas, mas que não se aplicariam para reger um fato social concreto. Serviriam como freio à legislação inadvertida, mas, na visão tradicional, sequer obrigariam a elaboração de lei sobre esse ou aquele assunto.

Adverta-se, porém, que já se verifica construção cada vez mais sólida no sentido de não aceitar a imobilidade do Poder Público diante do dever de realizar seus objetivos; deve, sim, agir, observando ainda os princípios e diretrizes. Além de ver nas normas-fim e nas normas-tarefa a qualidade de limites materiais negativos, Canotilho destaca que elas também vinculam o legislador e os órgãos públicos em caráter positivo: eles devem atuar de forma permanente para viabilizar a realização daqueles comandos.¹⁸⁹ Se descabe cobrar a pronta solução desejada, torna-se possível pelo menos exigir que o Poder Público se movimente de modo contínuo naquelas direções, por meio de programas e medidas concretas. Diante de tal perspectiva, é imaginável chegarmos a situações de responsabilização dos agentes públicos, por omissões injustificáveis no cumprimento de tais obrigações.

Em casos extremos, nosso Poder Judiciário tem conseguindo superar a longa discussão sobre a independência dos Poderes para exigir providências concretas do Poder Executivo, a partir de princípios ou normas programáticas (diretrizes e objetivos, por exemplo). Na falta do atendimento minimamente esperado, a presença do binômio “razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira”, tem levando a decisões cada vez mais taxativas, nas quais, por exemplo, são demandadas medidas concretas na área de saúde (entrega de medicamentos ou internações) ou de proteção ambiental (recuperação de área degradada).¹⁹⁰

É assim que em nossa Suprema Corte se afirma:

¹⁸⁹ *In Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, edição citada, p. 1050 - 1051.

¹⁹⁰ Ver RE 271286 AgR/RS, REsp 684646 / RS, REsp 429570/GO, RMS 17425 / MG, REsp nº 575.998, to primeiro julgado pelo STF, os demais pelo STJ. Manifesto aqui certa apreensão quanto a certas decisões nessa linha, que extrapolariam a divisão dos Poderes.

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico – a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes seja injustamente recusada pelo Estado”¹⁹¹

Frise-se que a imposição de obrigação de fazer - deduzida dos deveres gerais do Poder Público - ainda está longe de ser pacífica, como se vê em outras decisões, fiéis à concepção de que a alocação de recursos públicos é tarefa inerente a quem detém a legitimidade política, fruto das eleições, não podendo ser determinada por juiz de direito.¹⁹²

3.3 - TEMAS DO PLANO DIRETOR

Ainda hoje existe a dicotomia registrada ao longo da história do planejamento urbano no Brasil, embora se note uma maior aproximação entre os pólos. De um lado, os Planos Diretores onde a linhagem físico-territorial é mais evidente; ali as políticas setoriais abordadas são aquelas que lidam com temas inerentes ao uso e ocupação do solo (notadamente, proteção ao ambiente natural e ao patrimônio histórico, habitação, lazer, saneamento e transporte). De outro lado, os Planos Diretores influenciados ainda pelo ideal do desenvolvimento integrado, que procuram tangenciar as diversas políticas e/ou os serviços públicos (além dos mencionados anteriormente, a educação, a saúde pública, assistência social etc.); normalmente neste segundo grupo se avança por todas as áreas até a formulação das diretrizes e, por vezes, são previstas ações mais concretas: mesmo assim o foco principal é o desenvolvimento urbano (planejamento, estratégia e gestão), avançando-se mais sobre o aspecto físico-territorial.¹⁹³

¹⁹¹ ADPF 45 - DF

¹⁹² Ver AgrRegAI nº 138901/GO e REsp nº 169876/SP, todos julgados pelo STJ.

¹⁹³ Como exemplo daqueles mais circunscritos em trono da questão físico-territorial, podem ser citados o exemplo do Plano Diretor de Porto Alegre, de Macapá e de Campina Grande do Sul; mais focado ainda nesse propósito foi o Município de Olinda. Já em relação ao macropiano local, o Plano Diretor de São Paulo, o de Salvador, o de Araguari ou de Petrópolis servem como o exemplo.

Em última análise é claro que todas as políticas públicas guardam relação com o espaço físico-territorial, até mesmo pelo óbvio motivo de se realizarem sobre ele. Além disso, tais políticas trazem sempre, em maior ou menor grau, a capacidade de influenciar o uso e ocupação do espaço. A educação, por exemplo, pode contribuir, em muito, para a preservação ambiental, como também, em muitos casos, permite melhor inserção sócio-econômica, diminuindo, mas certamente sem eliminar, a dependência do sujeito em relação a políticas públicas compensatórias.

Uma coisa não se discute para quem ainda crê na capacidade humana de transformar a realidade de modo racional: é imprescindível a integração entre as várias políticas públicas. Todavia, indagar se o Plano Diretor é o momento e o local para já se assegurar tal integração, em sede local, enseja um outro debate.

Certamente será muito mais complexa sua elaboração, quanto mais temas ele procure coordenar. Em linhas gerais, há de se examinar as vantagens e desvantagens em se optar por agregar todas as políticas públicas locais no Plano Diretor, e isso deve ocorrer à luz de cada realidade. Não se pode deixar de observar que essas tentativas tendem a criar lei demasiadamente genérica, afastando-se da idéia de plano-ação aqui acolhida; não se trata de incompatibilidade absoluta, mas de uma difícil composição, que pode até mesmo prejudicar o aspecto mais mezinho do desenvolvimento urbano. O preço a se pagar por um Plano muito pretensioso é o risco do descrédito e da sua própria falta de operacionalidade. Como afirma Ermínia Maricato, “é preciso sair da abordagem excessivamente genérica”, pois “a viabilidade e eficácia de tais propostas contam e muito”.¹⁹⁴

3.4 - SISTEMAS TERRITORIAIS E MACROZONEAMENTO

Pesquisando a história das cidades, somos informados que, entre as regras para disciplinar o aproveitamento do espaço, desde há muito se recorre à divisão em áreas, discriminando-se o que seria permitido fazer em cada uma delas. Templos e muralhas, por exemplo, além de atenderem a funções mais específicas, em determinadas épocas serviam de referência para demarcar atividades permitidas e proibidas ao longo das cidades.

No Brasil mesmo, durante a colonização portuguesa, a Coroa costumava indicar regras para a instalação de cidades, através de Cartas Régias,

¹⁹⁴ In **Brasil, Cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 122. Vale o registro de que, em entrevista à Folha de São Paulo, 1º set. 2002, Flávio Villça comenta sobre a fantasia acerca do Plano Diretor no Brasil, concluindo que “plano com essa conotação que se tenta dar no urbanismo brasileiro, de que é global, de que envolve até segurança pública, saúde, educação, isso não existe fora da América Latina”.

onde propugnava a identificação de lugares adequados para a instalação de pelourinho, praças e igrejas, com restrições à ocupação nessas localidades. Havia ainda a prévia indicação para se encontrar locais apropriados para a construção de residências e as áreas para expansão urbana.¹⁹⁵

Com esse acúmulo de experiência, na sistematização do uso e ocupação do solo, o zoneamento formal materializou-se na modernidade, antes mesmo da elaboração dos grandes planos. Decerto a experiência acumulada não bastou para que essa prática se cristalizasse. Na realidade isso era absolutamente compatível e até desejável ao espírito moderno, na medida em que promovia a ordenação racional e sistemática, classificando os espaços, conforme a projeção da vontade humana. Villaça identifica as primeiras manifestações brasileiras típicas de zoneamento legal no último quarto do século XIX.¹⁹⁶

O zoneamento representa a divisão do território em unidades específicas, em face da maior homogeneidade que cada uma dessas áreas possui; a finalidade é, a partir da identificação diferenciada, conferir tratamento adequado para cada localidade. Dentro do projeto de modernidade, tal visão particularizada precisa conciliar-se ao contexto geral, isto é, precisa servir ao conjunto. A disciplina do aproveitamento do solo urbano pode até ser repartida, considerando-se as áreas mais homogêneas, já que as realidades são distintas; mas tudo isso deve estar integrado a uma ação global, e por isso mesmo o zoneamento é utilizado para controlar principalmente o adensamento e o deslocamento populacional no Município, com todas as conseqüências que esses fatores acarretam, notadamente a demanda por infra-estrutura, equipamentos e serviços públicos.

Por isso mesmo, antes de se empreender tal divisão, parece mesmo oportuno compreender quais são os elementos referenciais do espaço físico para organização do aproveitamento do solo. É evidente que muita coisa se modifica se um Município está em área litorânea ou não. Se estiver, faz diferença o fato de ter ferrovias e porto, como no caso do Rio de Janeiro ou de Maceió. Um Município localizado à beira de uma importante rodovia, como Campina Grande do Sul ou Eunápolis, há de considerar essa realidade ao promover sua organização; de igual sorte, um Município com diversos ecossistemas importantes não pode ignorar, em nenhum momento do planejamento, esse fato e assim deve ser em Manaus; imagine-se ainda o caso de cidades que possuem centro histórico de alta expressividade, merecedor de proteções especiais, como Olinda, Paraty e Ouro Preto. Em todos os casos, a relação com os Municípios vizinhos é fator que não cabe ignorar, sobretudo quanto maior for a integração socioeconômica entre eles, como no caso de uma região metropolitana. A definição dos elementos referenciais requer um bom diagnóstico e, como todo autoconhecimento, costuma diminuir os riscos de ação em descompasso com a realidade.

¹⁹⁵ *Apud* SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**, edição citada, p. 44 - 45.

¹⁹⁶ No artigo citado, p. 177.

Alguns Planos Diretores chegam a contemplar, no respectivo texto legal, esses elementos, tratamento que tem o condão de gerar efeito vinculante da seguinte ordem: se ficar claro que o planejamento ou mesmo a gestão urbana em determinado momento produziu algo que claramente desprestigia ou mesmo ignora aquela referência, tal decisão será questionável. Além disso, a própria consignação desses elementos normalmente força o próprio Plano Diretor a pensar sobre eles, inclusive nas medidas a serem adotadas para valorizá-los dentro do desenvolvimento urbano.

Porto Alegre, por exemplo, identificou como elementos estruturadores de seu modelo espacial: o centro histórico; os corredores de centralidade, definidos pelo agrupamento de duas avenidas paralelas entre si, que tenham alta relevância para circulação local e vocação para grande diversidade de usos; o corredor de urbanidade, que circunda o centro histórico, contendo também imóveis significativos para a história e cultura local; o corredor de desenvolvimento, com interface com a Região Metropolitana e disponível para grandes empreendimentos; o corredor de produção, conciliando o exercício de atividade produtiva com o uso residencial; o corredor agroindustrial, espaço capaz de agregar indústrias não poluentes, diretamente relacionadas com as atividades rurais.¹⁹⁷

Os Planos Diretores de Macapá e de Campina Grande do Sul, por exemplo, contemplam os sistemas territoriais de referência, divididos em sistema ambiental e sistema de mobilidade; para cada qual especificam os bens físicos (fundamentalmente são unidades de conservação e vias) que compõem cada um desses grupos. Prevêem também medidas, inclusive as prioritárias, a serem adotadas em relação a essas unidades.¹⁹⁸

Já o Plano Diretor de São Paulo trata dos elementos de estruturação e de integração. Os primeiros representam o arcabouço permanente da Cidade, os quais, com suas características diferenciadas, permitem alcançar progressivamente maior aderência do tecido urbano ao sítio natural, melhor coesão e fluidez entre suas partes, bem como maior equilíbrio entre as áreas construídas e os espaços abertos; basicamente se dividem em Rede Hídrica Estrutural; Rede Viária Estrutural; Rede Estrutural de Transporte Público Coletivo e Rede Estrutural de Eixos e Pólos de Centralidades. Enquanto isso, os elementos integradores constituem o tecido urbano que permeia os eixos estruturadores e abriga as atividades dos cidadãos que deles se utilizam, e compreendem a habitação, os equipamentos sociais, as áreas verdes, os espaços públicos, os espaços de comércio, de serviços e de indústria.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Art. 30 da Lei Complementar Municipal nº 434/99.

¹⁹⁸ Em Macapá, ver arts. 41 a 68 da Lei Complementar nº 26/04; em Campina Grande do Sul, ver arts. 29 a 40 da Lei Municipal nº 49/04

¹⁹⁹ Arts. 101 a 145 da Lei Municipal nº 13.430/02

Em Salvador, além de se especificar os pressupostos que orientaram as diretrizes e proposições espaciais do Plano Diretor,²⁰⁰ verifica-se, pelo tratamento conferido na Lei, a pretensão de sistematizar a circulação e o transporte, bem como o patrimônio ambiental e cultural, que decerto influiu no macrozoneamento.

Por sua vez, Chapecó considera que o território é o espaço geográfico do município legalmente constituído e formado pelo patrimônio natural, sistema de circulação, atividades de produção econômica, sistema de relações sócio-culturais e elementos físico-espaciais.²⁰¹

A seqüência acima é meramente exemplificativa: há certamente outros ângulos para se apreciar a questão.

Com ou sem menção expressa aos elementos referenciais para organização do território, tem sido comum que os Planos Diretores Municipais dividam o Município em macrozonas, de modo a adequar as atividades públicas e privadas a cada localidade. É evidente que o Município não é totalmente homogêneo, a demandar tratamento uniforme. Por motivos naturais ou mesmo históricos, haverá áreas mais indicadas para o adensamento populacional do que outras, bem como algumas serão mais apropriadas para abrigar atividades de maior impacto. É por demais óbvio que, para tamanha diversidade, o tratamento único, com parâmetros urbanísticos idênticos, seria uma temeridade.

Como esclarece o Plano Diretor de Salvador, o macrozoneamento “é o instrumento que define a macro-organização do assentamento residencial em face das condições do desenvolvimento socioeconômico e espacial do Município, consideradas a capacidade de suporte do ambiente e das redes de infra-estrutura para o adensamento populacional, devendo orientar a política urbana no sentido da consolidação ou reversão de tendências quanto ao uso e ocupação do solo”.²⁰²

É comum até que ocorram sucessivos graus de divisão, quando, por exemplo, se define uma macrozona, a qual se subdivide em zonas, que, por sua vez, se subdividem em áreas mais específicas para o planejamento. Há um processo gradativo de diferenciação entre frações do território, diferenciação essa que poderá, portanto, ocorrer na escala maior ou menor. Evidentemente isso tende a definir a aproximação ou distância entre os tratamentos urbanísticos de cada localidade. Em alguns Municípios chegou-se a conceber até mesmo a

²⁰⁰ Referem-se às condições existentes, que impõem limites, obstáculos ou até exigências, como as fragilidades ambientais, a demanda por áreas extensas para equipamentos urbanos ou o processo de conurbação, bem como são também pressupostos os valores considerados positivamente, a reivindicar ações nesse sentido, como o fortalecimento de centralidades. A bem da verdade a elaboração de qualquer Plano Diretor deve se fazer conscientes dos pressupostos aplicáveis ao desenvolvimento urbano. Ver arts. 107 a 109 e 114 a 116 da Lei Municipal nº 6.586/04.

²⁰¹ Art. 107 da Lei Complementar Municipal nº 202/04.

²⁰² Art. 112 da Lei Municipal nº 6.586/04.

existência de planos específicos (na verdade é principalmente uma legislação com parâmetros próprios) para uma grande diversidade de áreas.²⁰³

À primeira vista, a maior diferenciação entre as áreas do território municipal e a adoção de muitos planos específicos, um para cada área, podem sugerir a vitória dos pós-modernistas, representando o acolhimento da idéia de que, ao desenvolvimento urbano, caiba promover apenas a colagem de espaços;²⁰⁴ seria uma ruptura com a perspectiva globalizante sobre o desenvolvimento urbano, a qual estava por trás do plano grandioso, capaz de sistematizar o enfrentamento das questões em todo o território municipal. Em verdade, trata-se, até o momento, de avanço dentro do mesmo paradigma da modernidade, pois se observa a adoção do método dedutivo: da visão geral, que irmana a todos, passa-se a cuidar das especificidades, em linhas sucessivas de abordagem. É bem verdade que tanta especificação costuma revelar a predisposição em se conhecer e respeitar a diversidade. Nesse sentido a visão geral empregada não deve ser formulada em nível abstrato e teórico como o foi no emprego do zoneamento funcional; valoriza-se o trabalho com a realidade, receptivo às diferenças. Isso não representa, porém, a lógica da mera justaposição das diferenças, aceitas como elas se manifestam e reunidas em um verdadeiro mosaico; não imagino sequer ser correto afirmar que marchamos inexoravelmente nessa direção.

Cada vez mais, a opção é pela multiplicidade de usos e ocupações em cada localidade, evitando-se a segregação de atividades por espaço, a ser adotada apenas em caso extremos, como em relação ao uso industrial altamente poluente. Fora os valores colocados em pauta pela pós-modernidade (diversificação, multiculturalismo etc.), a experiência do zoneamento funcional, baseado na segregação do uso em torno de uma atividade predominante ou exclusiva, acabou por ensejar dificuldades na fruição da cidade por todos, pressionou a necessidade de locomoção, com problemas de transporte e trânsito, além de ter ocasionado o subaproveitamento de certas localidades, utilizadas somente durante período limitado do dia (no horário comercial, por exemplo).²⁰⁵

Por tudo isso, tem se apostado freqüentemente nas últimas décadas na criação e/ou valorização de pequenas centralidades em cada zona ou mesmo bairros. Cabe atenção especial em relação a esse processo, que tanto pode ser utilizado para propiciar o desenvolvimento urbano solidário e justo como para atender basicamente às novas necessidades de acumulação de capital, o que se observa em algumas operações urbanas consorciadas. Não se esqueça que muitas das mudanças contemporâneas são influenciadas pela acumulação flexível do capital ou pelo menos estão associadas com ela.

²⁰³ É o caso do Plano Diretor do Rio de Janeiro, Município bastante complexo e de alta diversidade, mas isso também se observa no Plano Diretor de Juiz de Fora.

²⁰⁴ HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**, edição citada, p. 46.

²⁰⁵ Entre muitos críticos, nesse aspecto é sempre lembrada a obra de Jane Jacob, **Morte e Vida das Grandes Cidades**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

É fácil concordar com a idéia de desafogar a região de maior concentração de comércio e serviços, diminuindo consequentemente a necessidade de deslocamentos urbanos e reforçando os laços de vizinhança. Já se fez observar, porém, que discurso e prática no Brasil poucas vezes andam acompanhados. A chamada “policentralidade” não está ontologicamente voltada para fruição mais democrática dos benefícios da urbanização e para projetar a sensação de pluralidade que a cidade deve mesmo oferecer: precisa ser cuidadosamente articulada para esses fins.

Há Municípios onde essa diluição das atividades é praticamente imperativa, como no caso de Macapá, em face de seu extenso território; por isso mesmo, seu Plano Diretor procurou incrementar o papel das pequenas vilas localizadas em seus distritos, alguns dos quais ficam a horas do Distrito Sede, em caminho de difícil acesso.²⁰⁶

A abordagem do macrozonemaneto nos Planos Diretores deve então procurar costurar a nem sempre fácil conciliação entre interesse dos agentes empreendedores da cidade e a transformação social de que a população precisa.

Nestes tempos de instabilidade, de obsolescência programada, de revoluções técnicas e incertezas físicas e metafísicas, convém ao planejador urbano (e ao legislador) ter a compreensão de seu papel. Considero que isso signifique deixar também aos gestores certa capacidade de decisão diante dos casos concretos.

Mesmo assim é necessário que o planejador procure entender a dinâmica econômica e social em curso no momento de elaboração do Plano Diretor, de modo a orientá-las em prol do bem comum.

Um problema freqüente nas grandes cidades brasileiras, por exemplo, é o desperdício do centro urbano. Nem sempre ele foi vítima da legislação rígida: em certos casos sofreu mesmo foi com a força predatória do mercado e seus ciclos de concentração e dispersão; misturando-se vetores distintos, é possível enxergar como causa desse esvaziamento a constante busca da diminuição de custos inerente ao capitalismo, a libertação que o avanço tecnológico promove em relação às antigas determinantes geográficas e a “necessidade” do capital de inventar novos símbolos de diferenciação, comprobatórios do sucesso, como o endereço em voga; às vezes, nesse processo atua também a demanda de novos equipamentos de alta tecnologia, cuja instalação se faz normalmente mais fácil em localidades pouco ocupadas. Em toda essa dinâmica, não se pode esquecer a conveniência do estímulo a novos empreendimentos imobiliários para o processo de acumulação de capital. Principalmente por esses motivos – outros ainda poderiam ser apontados, até mesmo em face de peculiaridades locais (violência urbana, degradação ambiental etc.) -, o esvaziamento dos centros urbanos é um

²⁰⁶ Ver, por exemplo, os arts. 37, parágrafo único, II e 74 da Lei Municipal nº 026/04.

fenômeno muito comum nas sociedades capitalistas e não é raro vermos em campo o diagnóstico de que

“Assistimos cada vez mais a uma perda do papel propriamente comercial do centro, à medida que a cidade se estende, que a mobilidade dos cidadãos aumenta e que se desenvolvem outras formas de compra além do contato direto. A população cotidiana do centro de negócios não basta mais para a manutenção de uma concentração da função comercial, e se esta implantação ainda permanece uma característica dos centros ecológicos das áreas metropolitanas, é sobretudo a inércia que entra em jogo, e é ainda financeiramente mantida, de modo freqüente, pelo montante dos negócios dos centros comerciais periféricos. A função comercial do centro se reduz à manutenção de alguns grandes mercados geralmente destinados a um público popular e, na outra extremidade da escala de estratificação, à localização de boutiques especializadas em vendas de produtos que se endereçam a uma clientela sem localização precisa”.²⁰⁷

Nos fluxos e refluxos do capitalismo, é possível que mais cedo ou mais tarde essas áreas sejam revalorizadas, como já se vê em alguns locais, ainda que para uma nova função, que, por sua vez, empresta novos símbolos. Redescobertas ou não, poucas vezes se potencializa a função habitacional do centro da cidade, tornando-o, na melhor das hipóteses um fantasma-noturno ou, na pior, um fantasma em tempo integral, enquanto se presencia parcela expressiva da população brasileira habitando locais ermos, muitas vezes de urbanização precária ou inexistente, onde o custo do transporte sacrifica boa parte de sua remuneração, tudo concorrendo para desenhar um círculo vicioso da pobreza.

Esse mesmo fenômeno muito comum nos centros urbanos observa-se também em outras áreas que, mesmo dotadas de boa infra-estrutura, sofrem processo de esvaziamento brutal. Mais rápido ainda costuma ser a descoberta de novos locais, que passam a ser valorizados e adensados. Para tudo isso deve atentar o Plano Diretor zelando para que os fenômenos em curso sejam tratados de acordo com os objetivos da função social da cidade. Como não dá para imaginar as inúmeras situações que aparecerão, afigura-se oportuno dotar os gestores de capacidade de ação para, com a devida orientação, lidar com as hipóteses que o planejador não consiga antever.

Passando agora a um aspecto mais técnico, vale observar ainda neste tópico que a terminologia empregada no macrozoneamento, em alguns Planos Diretores, propicia confusões desnecessárias, pela utilização pouco criteriosa dos termos. Não pretendo aqui promover qualquer cruzada pela uniformização técnica,

²⁰⁷ CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana**, edição citada, p. 320. O autor analisa com maestria as causas do esvaziamento dos centros urbanos e embora não aborde o caso específico do Brasil, muitas de suas observações são certamente extensíveis à nossa realidade.

mas penso que cada Município deveria reservar um nome próprio para cada nível da subdivisão de seu território. Por exemplo, se a divisão primeira se dá em macrozonas, estas se dividiriam em zonas, que poderiam se dividir em áreas (especiais ou não) e/ou até mesmo em eixos.

A sistematicidade ajuda a identificar o nível de inserção (encaixe) de cada espaço físico no território e, conseqüentemente, o regime jurídico nele aplicável. Ficam mais claras as diretrizes específicas e as características gerais do parcelamento, uso e ocupação do solo.

O fato de uma “área de especial interesse turístico” estar inserida na zona de adensamento controlado, situada, por sua vez, na macrozona de expansão urbana sugere uma visão que integre essas três referências: a área especial terá um tratamento mais adequado a sua finalidade, mas deverá ser compatível com as linhas gerais da zona de adensamento controlado e com a macrozona de expansão urbana; isso significa que, ressalvadas as normas especiais, serão certamente aplicáveis as demais previsões legais incidentes para a zona e a macrozona onde ela se encontra.

Basta, porém, que no exemplo acima o mesmo espaço seja chamado de “zona de especial interesse turístico” para sugerir que, em verdade, ela conviverá lado-a-lado com a zona de adensamento controlado, sem fazer parte dela. Deverá então ser objeto de tratamento muito mais autônomo e detalhista, com diretrizes e características gerais próprias que definam todo o regime jurídico aplicável ao solo. Não há necessariamente nenhum equívoco teórico nesta opção, que provavelmente revelará a intenção de assegurar àquela localidade mesmo um tratamento bem particularizado. Ocorre que, em certos casos concretos, tudo indica que não foi isso o que quis dizer o legislador, mas, de qualquer sorte, a confusão prática estará feita. É bem verdade que a interpretação das leis não se deve esgotar na literalidade nem se levar pelo nome dado, o qual sempre pode conter erros. O intérprete precisa buscar, sim, a intenção da norma e a essência das coisas, a partir de visão compreensiva de toda a lei ou mesmo do ordenamento jurídico em vigor. Em suma, poderá se desfazer o equívoco, até mesmo sem se alterar a redação legal, mas é evidente que o melhor de tudo será evitar a dúvida e a conseqüente insegurança jurídica que dela resulta.

Uma outra forma para se evitar o quadro indesejado é explicitar em artigo(s) específico(s) qual a relação de cada localidade destacada, com as zonas ou macrozonas concebidas, de modo a se esclarecer, por exemplo, se uma APA mencionada mais à frente no Plano Diretor ou então um “eixo de atividades especiais” - não contemplados expressamente no macrozoneamento - terá tratamento urbanístico totalmente específico ou se apenas possuirá algumas normas especiais, aplicando-se subsidiariamente os dispositivos existentes para a área maior onde eles se incluem.

Na realidade, do ponto de vista jurídico, não chega a ser obrigatório que

o Plano Diretor identifique concretamente cada uma dessas parcelas em que se dividirá o território municipal. O Município de Itatiba, por exemplo, preferiu apenas prever a tipologia das macrozonas (urbana, rural, expansão urbana e urbanização específica), sem as demarcar fisicamente; todavia, o perímetro urbano está identificado em planta anexa ao Plano Diretor.²⁰⁸ Petrópolis, por seu turno, preferiu deixar tal definição para a lei de uso e ocupação do solo.²⁰⁹

Em relação aos Planos Diretores que já procuram empreender o macrozoneamento, é possível perceber diferenças, não só de nomenclaturas, mas também quanto às referências buscadas e ao aprofundamento dessa tarefa. A seguir serão traçados breves comentários sobre Planos Diretores específicos; sem o intuito de resumir o quadro nacional, a idéia aqui é tão somente demonstrar as diversas abordagens que o tema comporta.

3.4.1 - MACROZOENAMENTO EM CHAPECÓ (arts. 112 a 142 e 183 a 192)

Em Chapecó o macrozoneamento divide o território local em Macrozona de Reestruturação e Densificação Urbana e Macrozona de Produção Primária. A primeira corresponde às áreas caracterizadas pelo acelerado processo de urbanização e transformação das características naturais do território, onde deve ser implantado modelo de ordenamento que promova a reestruturação e qualificação de bairros, periferias e agrupamentos urbanos; a perspectiva para ela é a otimização do uso da infra-estrutura e dos investimentos públicos e privados, através de uma melhor densificação da cidade. A segunda macrozona é caracterizada pela prevalência do patrimônio ambiental do Município e da humanidade, pelos núcleos de agrupamentos rurais em estruturação e pelas atividades predominantemente ligadas à produção agrofamiliar primária. Ambas as macrozonas estão identificadas em mapa anexo ao texto legal.

O próprio Plano Diretor prevê que as macrozonas possuem padrões e características específicos, a permitir leitura mais aproximada dos elementos de estruturação do território, sendo constituídas pelas seguintes unidades territoriais: macroáreas; unidades funcionais; unidades ambientais; unidades de conservação; unidade industrial; áreas especiais. Essa tipologia não é objeto de conceituação teórica, mas pela utilização prática é possível identificar, para parte delas, um traço característico. As unidades funcionais, por exemplo, estão organizadas ao longo de vias principais do sistema de circulação do município e, por isso mesmo, apresentam papel especial dentro do desenvolvimento urbano.

O texto legal não revela o porquê de tipologia tão rica. Decorreria da extensão do espaço identificado, como dão a entender os substantivos utilizados (macroárea, unidade e área)? Às vezes é difícil perceber também o porquê de certas qualificações (unidades ambientais e unidades de conservação, por exemplo); mas o relevante é que, para cada uma das subdivisões da macrozona,

²⁰⁸ Arts. 63 e 64 da Lei Municipal nº 3.759/04.

²⁰⁹ Art. 15 da lei Municipal nº 6.070/03.

há descrição sintética de sua funcionalidade dentro do desenvolvimento urbano (macroárea urbana central, macroáreas urbanas de reestruturação 1, 2 e 3, Área Especial de Urbanização e Ocupação Prioritária, Unidade de Conservação Florestal etc.). Para as chamadas Áreas Especiais a lei prevê expressamente regime urbanístico próprio.

A título de demonstrar a diversidade de referências no fracionamento do território, é oportuno citar aqui as quatro macroáreas integradas à Macrozona de Produção Primária em Chapecó.

Há a macroárea da bacia de captação de água potável, definida a partir das áreas de bacia hidrográfica identificada na lei; ali o processo de ocupação do solo deve ser controlado a partir de critérios de desenvolvimento sustentável que priorizem a conservação dos potenciais hídricos do Município e permitam o desenvolvimento de atividades que não comprometam a conservação do ambiente natural.

Existe também a macroárea da orla dos rios, formada por setores territoriais organizados ao longo das margens dos rios Uruguai e Irani, onde o uso do solo prioriza a preservação do patrimônio natural e o desenvolvimento de atividades agrofamiliares; são permitidas atividades de turismo, lazer e usos residenciais, de forma controlada e atendendo aos critérios de ordenamento territorial.

Valorizando e protegendo a diversidade cultural, fica estabelecida a macroárea de proteção do patrimônio cultural indígena, constituída pelas reservas existentes no território do Município (Toldo Chimbangue e Aldeia Kondá); nesses espaços serão respeitadas as características culturais indígenas e a conservação do ambiente natural, observando-se a regulamentação e o planejamento do órgão federal competente e a inter-relação social e equilibrada com os demais setores do Município.

Por fim, a macroárea de expansão urbana futura, que é constituída pelas áreas com potencial de urbanização, localizadas principalmente à leste e ao sul da malha urbana atual, onde a expansão do assentamento urbano poderá ocorrer mediante a realização de estudos técnicos, após análise e aprovação do Conselho Municipal de Desenvolvimento Territorial.

3.4.2 - MACROZONEAMENTO EM SANTO ANDRÉ (arts. 28 a 73)

Localizada na maior região metropolitana do país, Santo André divide seu território inicialmente em duas macrozonas: a Urbana e a de Proteção Ambiental. O nome utilizado dispensa explicações sobre a vocação de cada zona, mas é relevante notar que para ambas a identificação física faz alusão às bacias hidrográficas abrangidas. Destaque-se também que os perímetros das Zonas constantes da Macrozona Urbana e da Macrozona de Proteção Ambiental não só

estão delimitados em mapa, como também descritos em anexo à Lei.

Para a Macrozona Urbana os objetivos são: controlar e direcionar o adensamento urbano, em especial nas áreas centrais melhor urbanizadas, adequando-o à infra-estrutura disponível; garantir a utilização dos imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados; possibilitar a instalação de uso múltiplo no território do Município, desde que atendidos os requisitos de instalação. Por apresentar, em seu interior, diferentes graus de consolidação e de instalação de infra-estrutura básica, a Macrozona Urbana se subdivide em: Zona de Reestruturação Urbana; Zona de Qualificação Urbana; Zona de Recuperação Urbana e Zona Exclusivamente Industrial.

Embora os nomes das três primeiras possam soar parecidos, a leitura do texto legal esclarece a distinção entre elas. A Zona de Qualificação Urbana caracteriza-se por ter uso predominantemente residencial, atividades econômicas dispersas e infra-estrutura consolidada. As notas marcantes da Zona de Reestruturação Urbana são a predominância de uso misto, a carência de equipamentos públicos e a incidência de edificações não utilizadas e terrenos subutilizados ou não utilizados. A Zona de Recuperação Urbana afirma-se pelo uso predominantemente residencial, com alta densidade populacional, carência de infra-estrutura e equipamentos públicos e alta incidência de loteamentos irregulares e núcleos habitacionais de baixa renda. Já a Zona Exclusivamente Industrial destina-se a abrigar por atividades industriais de grande porte e correlatas, com potencial de impacto ambiental significativo. A cada uma delas correspondem objetivos mais adequados.

Para a outra parte do território, ou seja, para a Macrozona de Proteção Ambiental são especificados os seguintes objetivos: garantir a produção de água e a proteção dos recursos naturais; recuperar as áreas ambientalmente degradadas e promover a regularização urbanística e fundiária dos assentamentos existentes; contribuir com o desenvolvimento econômico sustentável. Como se percebe o uso habitacional não é totalmente incompatível, embora tal parcela territorial seja basicamente composta por unidades de conservação e por áreas com restrição de ocupação, destinando-se à preservação e recuperação ambiental, bem como ao desenvolvimento econômico sustentável.

A Macrozona de Proteção Ambiental subdivide-se em: Zona de Conservação Ambiental; Zona de Recuperação Ambiental; Zonas de Ocupação Dirigida 1 e 2; Zona de Desenvolvimento Econômico Compatível; Zona Turística de Paranapiacaba.

A Zona de Conservação Ambiental é composta pelas Unidades de Conservação especificadas e pelas cabeceiras dos Rios Grande, Pequeno, Araçáúva e Mogi, por recursos naturais de interesse ambiental e por áreas de alta restrição à ocupação. A Zona de Recuperação Ambiental caracteriza-se pela existência de ocupações desordenadas e ambientalmente inadequadas,

possuindo elevada densidade populacional e deficiência de equipamentos públicos e infra-estrutura urbana básica. As Zonas de Ocupação Dirigida 1 e 2 apresentam baixa densidade populacional e presença de vegetação significativa, abrigando parcelamento em grandes lotes, chácaras e sítios, além de conter glebas passíveis de parcelamento. A Zona de Desenvolvimento Econômico Compatível possui topografia de baixa declividade, vegetação de campo, de várzea e pequenas porções de mata, e é parcialmente ocupada pelo uso industrial; encerra ainda grandes lotes e glebas desocupadas; para ela prevê-se a possibilidade de atividades econômicas de baixo impacto, compatíveis com as atividades de turismo ambiental, conservação dos mananciais, respeitado o princípio da sustentabilidade. A Zona Turística de Paranapiacaba, que inclui a Vila de Paranapiacaba e se estende até a região de Campo Grande, caracteriza-se por terrenos com declividade média, pela existência de recursos naturais de interesse ambiental e pela presença de patrimônio histórico-cultural significativo.

O Plano Diretor prevê ainda as Zonas de Especial Interesse. Podem ser de quatro tipos: social, ambiental, comercial e do patrimônio. O emprego do termo “zona”, à primeira vista, sugeriria que a criação delas talvez alterasse os limites das zonas até aqui destacadas, mas claramente não é isso o que ocorre. As Zonas de Especial Interesse irão se sobrepor ao zoneamento realizado, como afirma textualmente a lei. Deverão obedecer os parâmetros de uso do solo e os coeficientes de aproveitamento da Zona onde se localizam (Zona de Desenvolvimento Compatível, Zona de Reestruturação Urbana etc.), mas na medida em que demandarem tratamento especial para usos e ocupação do solo, poderão excepcionalmente ter parâmetros próprios.

O Plano Diretor estabelece concretamente a localização das zonas especiais, mas admite que leis municipais específicas qualifiquem outras partes do território dessa mesma forma.

3.4.3 - MACROZONEMANETO EM ARAXÁ (Arts. 42 a 62)

A organização do território municipal aparece no Plano Diretor em meio às diretrizes urbanísticas, no tocante à revisão do zoneamento, mas opera-se ali verdadeiro macrozoneamento.

O território do Município de Araxá ficou dividido em Área Rural, Área de Proteção Especial e Área Urbana. Esta última é definida pelo limite do perímetro urbano, que evidentemente ajuda a definir, por exclusão, a área rural. Como se nota, trata-se o assunto de modo mais tradicional. A Área de Proteção Especial, por sua vez, representa aquela destinada para fins de preservação de mananciais, nos termos de Decreto Estadual de Minas Gerais. Houve por bem o Município compreender que a partir das restrições estaduais, essa parcela do seu território requiera inserção peculiar no desenvolvimento urbano. As três áreas estão localizadas em mapa anexo ao texto da Lei do Plano Diretor.

A Área Urbana, por sua vez, divide-se em três áreas de urbanização distintas, também identificadas em representação cartográfica e definidas da seguinte forma: Área de Urbanização Restrita; Área de Consolidação Urbana; Área de Expansão Urbana. Os nomes adotados são auto-explicativos, mas vejamos os fatores que definiram vocação. A Área de Urbanização Restrita compreende as áreas lindeiras às de mineração, bem como às de preservação dos mananciais hídricos de abastecimento e às áreas de nascente no Município; neste espaço delimita-se o crescimento da malha urbana. A Área de Consolidação Urbana corresponde ao trecho com urbanização consolidada, que apresenta grande número de lotes vagos e infra-estrutura ociosa, na qual a diretriz de ocupação é melhorar o aproveitamento de seu potencial, ocupando os vazios urbanos. Área de Expansão Urbana é aquela reservada para expansão urbana e de chácaras, a se desenvolver no momento em que a Área de Consolidação Urbana estiver adensada; é neste novo eixo de crescimento que deverão se localizar grandes empreendimentos e atividades que exijam áreas expressivas como o futuro Estádio Municipal, Shopping-centers, garagens, comércio atacadista, cemitérios e o parque de exposições.

O Plano Diretor prevê a criação de novas zonas de uso, que se somarão às já existentes na lei de uso e ocupação do solo. Em relação às diretamente contempladas, procura descrever a especificidade e também identificar, a partir de referências físicas, as respectivas localizações.

A Zona de Tombamento e Preservação do Barreiro é formada pelo “anel verde” definido por convênio, a partir dos termos da Deliberação do Conselho Estadual de Política Ambiental. Sua função é proteger e preservar os recursos hídricos superficiais e subterrâneos, a vegetação primitiva e secundária, bem como o Complexo Hidro-Termal ali existente.

A Zona de Consolidação da Atividade Turística compreende área de vazio urbano, com características ambientais e urbanísticas específicas, a serem definidas na revisão da Lei de Uso e Ocupação do Solo e no Plano Diretor do Barreiro.

A Zona de Atividade Minerária Industrial, como o nome indica, abriga a localidade onde ocorrem a mineração, o beneficiamento mineral e a metalurgia, sendo identificada em função da lei de uso e ocupação do solo em vigor.

É interessante destacar como foram divididas as áreas para aproveitamento industrial. A Zona do Distrito Industrial compreende o espaço ocupado pelo atual Distrito Industrial e também é demarcada em razão da lei de uso e ocupação do solo vigente. Já a Zona para Expansão do Distrito Industrial é fixada na região considerada adequada para ampliação do Distrito. Enquanto isso, a Zona dos Micro-Distritos Industriais compreende a porção destinada prioritariamente aos estabelecimentos da indústria com baixo nível de interferência

ambiental.

A Zona Especial de Interesse Social abrange os espaços destinados à implantação de programas habitacionais de interesse social, de reurbanização e regularização fundiária de assentamentos precários, e também se identifica a partir da Lei de Uso e Ocupação do Solo.

A Zona de Interesse Turístico e Histórico acolhe a paisagem urbana histórica a ser especialmente preservada, incluindo o Corredor de Interesse Turístico e Histórico, correspondente ao trajeto de interesse turístico e histórico;

As frações do território onde se destaca o meio ambiente natural englobam: a Área de Preservação Permanente APP, formada pelas matas ciliares e demais formas de vegetação natural nos termos do Código Florestal; a Área de Preservação Especial, para compreender os locais de interesse ambiental que o Poder Público deseje criar, preservar, conservar e recuperar, destinados a proteger ocorrências ambientais isoladas, paisagens naturais ou remanescentes de vegetação significativa; embora novamente aqui se faça referência à área descrita na Lei de Uso e Ocupação do Solo, o Plano Diretor elege diretamente algumas localidades, identificadas nominalmente e por meio de mapa anexo; há também as Áreas Verdes, reunindo o conjunto de praças, jardins e espaços de lazer abertos e demais áreas de loteamentos com destinação legal nesse sentido.

As Zonas Especiais são formadas pelas áreas cujas vocações serão especificadas posteriormente com a revisão da Lei de Uso e Ocupação do Solo. É simplesmente para fazer associação com espaços já localizados nessa mesma Lei que o Plano Diretor menciona os Corredores Comerciais (1,2 e 3), sem nada mais discorrer sobre eles.

3.4.4 - MACROZONEMANETO EM SALVADOR (arts. 110 a 129)

O Plano Diretor de Salvador inicialmente faz alusão à divisão clássica em relação às áreas urbanas e rurais, identificadas em mapa anexo ao texto legal. É reconhecida, no âmbito das Áreas Rurais, a figura dos Núcleos de Assentamentos Urbanos, para os quais poderão ser fixadas normas específicas para ordenar o uso e ocupação do solo, nas delimitações constantes do mencionado mapa. Esses núcleos consideram apenas as localidades com urbanização já existente no interior das Áreas Rurais do Município, não sendo admitida sua expansão, nem a criação ou reconhecimento formal de novas áreas nessa condição.

Ato contínuo, promove-se o macrozonemaneto de todo o território municipal, concebendo um total de sete unidades. Elas estão organizadas em razão das regiões administrativas em que já se dividia o Município, sendo que algumas macrozonas reúnem mais de uma região administrativa. É curioso observar que se os objetivos e diretrizes são comuns à macrozona, há um campo de proposições isoladas para cada região administrativa.

No âmbito do Macrozoneamento, são destacadas, dentro dos espaços das Macrozonas, algumas situações excepcionais, cuja ocorrência demanda tratamento normativo específico em razão de suas características e funções. São elas: as Áreas Rurais (Correntes e os Núcleos de Assentamentos Urbanos em Áreas Rurais); as Áreas Urbanas de Uso Específico (como a Base Naval de Aratu, os Setores Militares de Salvador, o Complexo Penitenciário, o aeroporto etc.); as Áreas Excluídas de Assentamentos Urbanos, correspondentes a grandes extensões de espaços destinados a Parques (da natureza, urbanos ou de recreação), conforme estabelecidos na Lei; as Áreas Urbanas Especiais Submetidas a Fortes Condicionamentos de Ocupação, correspondentes a quatro Áreas de Proteção Ambiental mencionadas pelo Plano Diretor.

A organização das atividades no Município, em sua distribuição espacial, será efetuada segundo as categorias Residenciais e Não-residenciais, a ser detalhada mediante o Zoneamento. De qualquer sorte, o Plano Diretor, em mapa específico, identifica essas frações do território.

Para efeito da organização espacial das Zonas Residenciais são adotadas as seguintes categorias, diferenciadas segundo tipos de exclusividade ou predominância do uso: Zona Exclusivamente Residencial Unifamiliar; Zona Exclusivamente Residencial; Zona Predominantemente Residencial; Zona Residencial objeto de Termos de Acordo e Compromisso, com parâmetros de uso definidos nos respectivos termos; Área de Especial Interesse Social.

A título de organização espacial das atividades econômicas e sociais no Município, são consideradas as seguintes categorias: Zonas Específicas de Exploração Mineral; Zonas Industriais, nas quais não é permitido o uso residencial; Zonas de Predominância de Usos Diversificados (tratados como centros municipais e subcentros); os Corredores de Atividades Diversificadas (classificados em Metropolitano, Municipais, Submunicipais, Locais e Corredores de Borda). É neste nível de organização do solo municipal que se propõem os coeficientes básicos de aproveitamento do terreno.

Não bastasse tudo isso, um recorte especial em relação ao macrozonamento e ao zoneamento decorre do Sistema de Áreas de Valor Ambiental e Cultural – SAVAM, reunindo dois subsistemas. O Subsistema de Áreas de Conservação, basicamente abrange unidades de conservação e parques (ambientais, urbanos e de lazer) já considerados em algum momento do macrozonamento, mas também abriga e discrimina as Áreas de Proteção de Recursos Naturais, estabelecidas pelo Plano Diretor, e as Áreas de Preservação Permanente, definidas nos termos da legislação federal. Já o Subsistema de Áreas de Valor Urbano-Ambiental no território do Município compreende: Parques de Recreação; Espaços Abertos Urbanizados; Áreas Arborizadas; as Áreas de Proteção Cultural e Paisagística; Áreas de Borda Marítima. Em relação a elas há ainda subdivisões que deixo de registrar aqui por serem por demais específicas.

Importa, sim, destacar que, em razão desses sistemas há proposições especiais, notadamente para orientar a ação pública sobre tais espaços, mas por

vezes também interferindo nos padrões de parcelamento, uso e ocupação do solo. Por exemplo, para as Áreas Arborizadas prevê-se que a implantação de empreendimentos deverão respeitar os parâmetros de uso e ocupação e os instrumentos de política urbana e estarão sujeitos à preservação da permeabilidade do solo e manutenção do percentual mínimo de oitenta por cento da cobertura vegetal de porte, assim consideradas as árvores de espécies significativas com caules com mais de 15 centímetros de diâmetro. Para os sítios e monumento tombados, contempla-se a definição de normas e procedimentos para intervenções arquitetônicas e urbanísticas, a partir de estudos realizados para cada área, fundamentados no conhecimento do acervo histórico, cultural e paisagístico existente, em parceria com o IPHAN e IPAC. Em verdade, sob essa última abordagem do Plano Diretor de Salvador, aparece o que costumeiramente é tratado como áreas de especial interesse.

3.4.5 - MACROZONEMANETO EM OLINDA (arts. 20 a 37)

O território do Município de Olinda está dividido em 11 (onze) tipos de zonas, a saber:

- Zona de Reserva Futura (ZRF);
- Zona de Consolidação da Ocupação (ZCO);
- Zona de Verticalização Moderada (ZVM);
- Zona de Verticalização Elevada (ZVE);
- Zona de Proteção Ambiental Especial (ZPAE);
- Zona de Proteção Ambiental Recreativa (ZPAR);
- Zona Especial de Proteção do Patrimônio Cultural (ZEPC);
- Zona Especial de Interesse Social (ZEIS);
- Zona de Grandes Equipamentos (ZGE);
- Zona de Aterro Sanitário (ZAS);
- Zona de Interesse Estratégico (ZIE).

As Zonas de Reserva Futura é caracterizada pela baixa densidade de ocupação, funcionando como área de reserva para futuros adensamentos; situa-se em duas localidades geograficamente distintas e distantes uma da outra.

Por seu turno, as Zonas de Consolidação da Ocupação buscam conservar o padrão de urbanização dominante; está constituída em doze regiões.

Como se nota, há áreas vocacionadas à verticalização, mas com intensidades distintas. As Zonas de Verticalização Moderada possuem o objetivo de compatibilizar o crescimento urbano com a necessidade de conservação da qualidade ambiental da cidade, tendo em vista as limitações infra-estruturais do Município de Olinda; faz-se presente em um total de nove sítios. As Zonas de Verticalização Elevada têm a finalidade de incrementar o desenvolvimento das atividades produtivas, respeitada a especificidade do Município de Olinda como Patrimônio Cultural da Humanidade, e leva em conta a disponibilidade de infra-

estruturas instaladas neste tipo de zona; o Plano Diretor a configura em sete locais.

As Zonas de Proteção Ambiental Especial destinam-se a proteger e conservar a qualidade ambiental e os sistemas naturais ali existentes, visando a melhoria da qualidade de vida da população local e também objetivando a proteção de sistemas ambientais frágeis; divide-se em cinco espécies.

Entre elas impende destacar a Zona de Proteção Ambiental Especial 2, que vem a ser a zona rural, para a qual é prevista a edição de lei de zoneamento ambiental-econômico; nele se estabelecerão normas de uso e ocupação, de acordo com as respectivas condições, notadamente bióticas, hidrológicas, geológicas, urbanísticas, agrícolas, extrativistas e culturais. Fica assinalado que o Poder Público, no prazo de um ano, a partir da promulgação do Plano Diretor, delimitará as áreas urbanas existentes na zona rural e definirá normas especiais de ocupação e uso do solo, vedada, nesses casos, a previsão de zonas de expansão urbana.

A Zona de Proteção Ambiental Especial 4, por sua vez, é considerada como área “*non aedificandi*” (não edificável), e terá zoneamento cultural-ambiental para garantir seu uso como parque da cidade, segundo as seguintes diretrizes: normas de uso e ocupação do solo, de acordo com as condições locais, notadamente arqueológicas, históricas, paisagísticas, bióticas, hidrológicas, geológicas e urbanísticas; e admissão no perímetro desta zona apenas de edificações necessárias ao apoio à operação do parque.

As Zonas de Proteção Ambiental Recreativa têm a finalidade de proteger áreas que, em virtude de seus atributos ambientais, oferecem potencial para atividades recreativas, que estão espalhadas em nove localidades distintas.

As Zonas Especiais de Proteção do Patrimônio Cultural voltam-se para proteger áreas e bens que encerram valores culturais reconhecidos, tangíveis e intangíveis, assegurando a qualidade ambiental, quando se tratar das áreas próximas, e a proteção rigorosa, quando se tratar do entorno imediato; ela está presente em quatro espaços identificados no Plano Diretor.

As Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) estruturam-se em razão dos assentamentos habitacionais de população de baixa renda, surgidos espontaneamente, existentes, consolidados ou propostos pelo Poder Público, onde haja possibilidade de urbanização e regularização fundiária; o Plano Diretor identifica três ZEIS, mas prevê a possibilidade de instituição de outras de acordo com a legislação local.

As Zonas de Grandes Equipamentos (ZGE) são aquelas que concentram equipamentos com raio de ação de âmbito regional. Uma delas se organiza em face do Centro de Convenções; a outra está organizada em torno da Escola de Aprendizes Marinheiros.

Como o nome indica, a Zona de Aterro Sanitário (ZAS) é destinada a receber resíduos sólidos, a fim de serem tratados, dentro das normas ambientais aplicáveis.

As Zonas de Interesse Estratégico (ZIE) possuem importância estratégica para o desenvolvimento urbano do Município pela localização, extensão e continuidade territorial, perfazendo um total de três localidades.

Registre-se que para todos os casos identificados prontamente no Plano Diretor, há a descrição do respectivo perímetro.

3.4.6 - MACROZONEMANETO EM MACAPÁ (arts. 69 a 92)

Para fins de gestão municipal, integram o território de Macapá: as zonas de desenvolvimento sustentável; as unidades de conservação; a zona urbana; e a zona de transição urbana. Consoante o Plano Diretor, o macrozoneamento municipal visa garantir a ocupação equilibrada do território e o desenvolvimento não predatório das atividades.

As Zonas de Desenvolvimento Sustentável são as áreas no Município de Macapá destinadas a aproveitamento sustentável pelo exercício de atividades agrícolas, extrativas, turísticas, de pesca artesanal, de artesanato e/ou de apicultura, com o fito de propiciar melhoria nas condições de vida da população residente nos distritos, respeitando-se a cultura das comunidades tradicionais. Compõem um total de oito zonas, identificadas de acordo com as vocações principais (pesqueira, ecoturística, agrícola, agrícola florestal etc.). É de se notar que o Plano Diretor admite a instituição de pequenos núcleos urbanos nessas áreas, aos quais se aplicarão regras próprias sobre parcelamento, uso e ocupação do solo.

Três unidades de conservação são equiparadas às zonas para fins de macrozoneamento: duas reservas biológicas e uma área de proteção ambiental. A diretriz comum é sobre a prevalência do Plano de Manejo para reger o aproveitamento do solo nessas localidades.

Já a Zona Urbana é a área no Município de Macapá destinada ao desenvolvimento de usos e atividades típicas da urbe, delimitada de modo a conter a expansão horizontal da cidade, por isso mesmo voltada a otimizar a utilização da infra-estrutura existente e atender às diretrizes de estruturação do Município. Ela é subdividida em: subzonas de ocupação prioritária; subzonas prioritárias para implantação de infra-estrutura urbana; subzonas de fragilidade ambiental; subzonas de estruturação urbana; subzonas de proteção especial; subzonas institucionais; subzonas de restrição à ocupação.

Por seu turno, a Zona de Transição Urbana é a porção do território municipal contígua à Zona Urbana, apta a abrigar tanto atividades agrícolas, quanto usos e atividades urbanos de baixa densidade, onde são incentivadas atividades de manejo sustentável, especialmente aquelas relacionadas ao abastecimento da cidade. Ela é dividida em: subzonas de transição urbana;

subzonas de proteção especial; Distrito Industrial de Macapá.

Há também a previsão quanto às áreas de especial interesse (social, turístico, comercial, reestruturação urbana e institucional), todas demarcadas em mapa anexo, mas que serão devidamente instituídas após a devida delimitação descritiva. Elas aparecem a título de instrumentos indutores do desenvolvimento urbano, e pelo texto legal não se contempla necessariamente a existência de regime urbanístico diferenciado para aproveitamento do solo, a não ser para as Áreas de Interesse Social; disso se conclui que tais especificações em geral servem para demarcar espaços para intervenções urbanas e políticas públicas relacionadas com a vocação principal da localidade. A criação de outras Áreas de Interesse Especial e sua delimitação, dar-se-ão após oitiva do Conselho Municipal de Gestão Territorial.

3.5 INSTRUMENTOS URBANÍSTICOS E PLANO DIRETOR

Se o Plano Diretor é o local adequado para formular as linhas básicas do desenvolvimento urbano, ele já deve apontar os instrumentos necessários para o desafio. É isso o que se espera do instrumento central da política urbana: compreender os problemas e apontar a forma de solucioná-los, ainda que algumas definições mais específicas possam e até devam ficar para outra oportunidade, na qual sejam focalizados os assuntos específicos.

O grau de aprofundamento do Plano Diretor em relação a cada instrumento não está sujeito a tratamento nacionalmente uniforme. Diante de sua própria realidade, cada Município resolverá se avançará mais ou menos na outorga onerosa ou na operação urbana consorciada, por exemplo. Nessa construção, porém, é importante observar se o Estatuto da Cidade não impôs exigências ao Plano Diretor, seja no tocante a disciplinar diretamente determinado aspecto, ou então a reservar certas definições para outra lei mais específica.

Quase sempre há margem para controvérsia quando a norma geral, editada pela União, impuser ao Município o tratamento de um assunto nesse ou naquele Diploma Legal. Em condições normais, haverá violação da capacidade do Município no tocante a escolher a melhor forma para cuidar dos assuntos de interesse local.

No caso do Estatuto da Cidade pesa a favor de suas previsões a presunção de que elas estejam voltadas a assegurar os ditames do planejamento adequado. Assim, quando ele exige que certas definições sobre o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios ou ainda sobre a outorga onerosa sejam lançadas no Plano Diretor, soa como passo preliminar, a preparar o uso do instrumento; a isso se soma, em certos casos, a opção deliberada de submeter a questão a processo amplamente participativo.

Vale o registro de que o avanço do Plano Diretor sobre determinado objeto, além do mínimo necessário, não costuma trazer qualquer tipo de preocupação quanto à validade jurídica. A exceção ficará por conta dos casos em que a matéria realmente exigir lei específica, prejudicando seu enfrentamento naquele diploma de tão larga envergadura.

A título de esclarecimentos gerais, reafirme-se a discricionariedade do legislador municipal em adotar os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, à exceção, a meu ver, do Estudo de Impacto de Vizinhança, ferramenta essencial para assegurar princípios (função social da cidade e da propriedade etc.) e diretrizes aplicáveis ao desenvolvimento urbano (desenvolvimento sustentável, justa distribuição dos ônus e benefícios etc.) em toda e qualquer cidade.

Não é o propósito discutir aqui todos os aspectos sobre a aplicabilidade das peças contidas no Estatuto da Cidade; cumpre, sim, contextualizá-las em relação ao Plano Diretor. Outrossim, afigura-se oportuno salientar, em caráter bastante sintético, suas características principais, o que passa ser feito agora, em alguns momentos, com exemplos extraídos de normas municipais.²¹⁰

3.5.1 PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO, UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS

Desnecessário discorrer aqui sobre a importância do bom aproveitamento do solo, bem natural a partir do qual são providas necessidades básicas; é nele que o homem pode se realizar plenamente. Por isso mesmo foi especialmente de olho na propriedade imobiliária que se cunhou o princípio da função social, franca inspiração para os engenhos analisados neste tópico.

A inscrição desse princípio no Direito Constitucional brasileiro remonta à Carta de 1934, mas não impediu a ocorrência de situações absolutamente contraditórias com seu postulado. No campo e nas cidades a retenção especulativa da terra, longe de ocasionar proveito social, frustrou a necessidade de boa parte da população em usufruir de um pedaço de terra para habitar. Isso contribui, em larga medida, para ocasionar a extensão territorial (horizontalização) excessiva de muitas cidades, a requerer a cobertura de serviços e de infraestrutura em área por demais extensa, onde a mancha urbana se torna descontínua. De acordo com a lógica do mercado, se a oferta de lotes não atendia a demanda, os preços subiam, ocasionando a mais-valia imobiliária desejada pelos proprietários-especuladores; por conseguinte, a população mal remunerada ou mesmo sem remuneração - e sem uma política habitacional efetiva - dava um jeito de suprir sua necessidade habitacional indo para as periferias sem estrutura, para morros, áreas alagadiças ou aviltadas de outro modo.

²¹⁰ A respeito da usucapião especial urbana a abordagem aqui será ainda mais sucinta, pois a responsabilidade direta pela aplicação não é do Município. Por isso mesmo ela aparecerá no decorrer da análise sobre regularização fundiária.

A gravidade da situação fundiária do país mereceu a atenção do legislador constituinte em 1988. Segundo farta literatura, foi fundamental a organização dos movimentos sociais reunidos na luta pela Reforma Urbana.²¹¹ Se o avanço não foi proporcional às reivindicações, é inegável que pelo menos alguns progressos surgiram.

Em relação ao desenvolvimento urbano, os destaques mais notáveis foram a usucapião especial urbana e o rol de sanções previstas para o proprietário que não conferir o adequado aproveitamento ao imóvel urbano. Diferentemente do tratamento dado à usucapião, as sanções aplicáveis ao proprietário do imóvel não utilizado, subutilizado ou não edificado não eram automaticamente aplicáveis, a partir da previsão constitucional.

Em primeiro lugar, a capacidade de exigir o adequado aproveitamento do solo urbano, naqueles termos especiais, foi dada como faculdade ao Município.²¹² Não só a locução verbal que inicia o preceito – “é facultado” – revela isso, mas a própria idéia de que cada Municipalidade deve organizar o desenvolvimento urbano, conforme suas peculiaridades, confirma o acerto da redação adotada pelo constituinte. Em segundo lugar, para o Poder Público local que desejasse usar essas ferramentas notáveis, o texto constitucional impunha a edição de lei local específica para área incluída no Plano Diretor, tudo isso a seguir os termos de lei federal.

Apesar do esforço de alguns Municípios em implementar as mencionadas penas, prevaleceu o entendimento de que, para se estabelecer a obrigação do proprietário de parcelar, edificar ou utilizar o solo urbano, seria imprescindível a edição da lei federal mencionada no preceito constitucional. Não se aceitou, na hipótese, a competência suplementar dos Municípios para seguir adiante no caso da omissão de nossos legisladores federais. Consequentemente, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação mediante títulos da dívida pública permaneceram vedados, à espera da promulgação do Estatuto da Cidade.

Parece aí ter ocorrido lamentável equívoco quanto à interpretação do sistema jurídico de nosso Estado Federal e de nossa Constituição como um todo, pois tirando a desapropriação, matéria de competência privativa da União,²¹³ os demais assuntos encaixavam-se, sem maiores problemas, na competência legislativa municipal. Na pior das hipóteses, isso ocorreria por força da competência legislativa suplementar, que inclui a capacidade de suprir a omissão das normas federais e estaduais quanto a assuntos afins ao interesse local.²¹⁴

²¹¹ Entre outras obras, registro a de Nelson Saule Júnior, **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**, edição citada, p. 25 - 31.

²¹² Art. 182, § 4º da Constituição da República.

²¹³ Art. 22, II da Constituição da República.

²¹⁴ Art. 30, II da Constituição da República.

Em todo caso, a luta pelo desenvolvimento urbano tomou novos ares em 10 de julho de 2001, data de promulgação do Estatuto da Cidade, na forma da Lei Federal nº 10.257. Entre tantas determinações importantes, preencheu-se a lacuna, em nosso ordenamento jurídico nacional, que impedia aos Municípios cobrar o adequado aproveitamento do solo urbano, sob pena de aplicação das sanções enunciadas pelo constituinte.

Vejamos, com a limitação já manifestada, os principais pontos para compreender suas possibilidades e limites.

A aplicação aos imóveis urbanos “não utilizados, subutilizados e não edificadas”.

O âmbito de aplicação da exigência de parcelar, edificar ou ocupar imóvel não alcança todas as situações de uso inadequado do solo urbano, mas sim os casos onde o terreno seja classificável como não utilizado, subutilizado e não edificado.

No rigor do Direito Urbanístico, “imóvel não utilizado” seria aquele sem qualquer tipo de aproveitamento, ou seja, literalmente abandonado, sem correr sobre ele a ação humana, esteja parcelado ou não, edificado ou não. Tomando por base as melhores lições do Direito Urbanístico, será cobrado do proprietário o efetivo aproveitamento do bem, para torná-lo socialmente útil. Em regra, o terreno devidamente parcelado ou edificado não assegura nenhum proveito social se não for objeto de algum tipo de uso, salvo se tiver função especial a demandar ausência de edificação ou sérias restrições quanto às ações humanas.

Mantendo o rigor científico, a qualificação como “subutilizado”, por sua vez, designaria o imóvel no qual há atividades efetivamente exercidas, mas abaixo da intensidade esperada. Toda utilização aquém do desejável qualificaria o imóvel com essa pecha. Vale asseverar, entretanto, que muito provavelmente ensejará polêmica a legislação municipal que estipular patamar básico para a intensidade de uso, afora a extrema dificuldade de se operar a fiscalização nesses casos. O Plano Diretor de Olinda, por exemplo, estabelece a utilização compulsória sobre imóveis edificados não utilizados ou subutilizados, por mais de 8 (oito) meses por ano, durante dois anos consecutivos.²¹⁵ Apesar da margem para polêmica, entendendo pela possibilidade desse tratamento, que certamente demanda maior especificação quanto aos critérios para caracterizar a subutilização.²¹⁶

Reconhecendo que essa era a situação mais aberta entre as três hipóteses, o Estatuto da Cidade esboçou referência para defini-la: ela ocorrerá quando o

²¹⁵ Art. 56 da Lei Complementar Municipal nº 56/05.

²¹⁶ Ver artigo do autor **Considerações Sobre os Imóveis Não Edificados, Não Utilizados ou Subutilizados no Estatuto da Cidade** (*In Novas Leituras de Administração Municipal*). Rio de Janeiro: IBAM, 2002.

aproveitamento do imóvel for inferior ao mínimo estabelecido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente.²¹⁷ É oportuno lembrar aqui o veto oposto pelo Presidente da República ao artigo 5º, § 1º, II do Estatuto da Cidade, que enquadrava na subutilização os imóveis utilizados em desconformidade com a legislação urbanística ou ambiental. Entendeu-se pela inconstitucionalidade do dispositivo, por extrapolar a idéia de subutilização. A retirada do preceito parece-me fiel ao espírito constitucional.²¹⁸

Não deixa de haver no uso irregular, é verdade, o descumprimento da função social da propriedade urbana, pois desatendida estará a legislação urbanística e/ou ambiental. No entanto, nem todo descumprimento desse princípio leva às sanções aqui tratadas. O Município dispõe de uma série de instrumentos apropriados para combater esse tipo de infração, inclusive multas, interdições do estabelecimento e demolição da construção, conforme o caso. É contraditório apregoar o dever de construir ou utilizar para imóvel já construído ou utilizado indevidamente, quando a solução seria o desfazimento parcial ou integral do prédio e/ou interdição dele.

Por razões óbvias, são desnecessárias maiores explicações acerca do atributo “não edificado”, que pressupõe a inexistência de qualquer construção sobre o terreno.

Analisadas criteriosamente, as expressões empregadas deixariam de fora a situação do imóvel não parcelado bem como a do imóvel que me permito chamar de “subedificado”. Antes de mais nada, por ser uma Carta eminentemente Política que procura transformar o poder político em poder jurídico,²¹⁹ a Constituição merece leitura sem rigor formal excessivo, isto é, não se deve primar pela consagração jurídica dos termos empregados em detrimento das verdadeiras intenções; cabe ao intérprete, mais do que nunca, deixar-se levar pela finalidade das normas, pela opção política subjacente ou manifesta, sem se ater a restrições de ordem exclusivamente técnica, com base na terminologia utilizada.

Decerto, não há o menor motivo para se entender que a Lei Maior quis deixar de fora os imóveis não parcelados, mesmo porque insere o parcelamento compulsório entre as sanções.

Em relação ao imóvel cuja edificação seja inferior ao desejável (subedificado), também não se vê por que excluí-lo. Se mesmo o imóvel edificado pode ensejar cobranças pela não utilização ou pela subutilização, como entender

²¹⁷ Art. 5º, § 1º, I da Lei Federal nº 10.257/01

²¹⁸ É a posição também de Fernando Dias Menezes de Almeida (*In Estatuto da Cidade* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 72). Vale advertir que contra o veto militam alguns autores, entre os quais Caramuru Afonso Francisco (*In Estatuto da Cidade Comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 85 - 86) e Victor Carvalho Pinto (*In Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, págs. 136 e 137).

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 105.

que um imóvel com edificação inexpressiva em relação a sua capacidade seja menos lesivo ao interesse público?

O intuito por trás do preceito constitucional é que o proprietário realize o grau de aproveitamento do imóvel compatível com o desejável processo de urbanização.

Ao Plano Diretor não é imposta a tarefa de conceituar o imóvel não utilizado, subutilizado ou não edificado, mas tem sido comum que ele enfrente a questão.

Impende aqui destacar que, em geral, os conceitos giram em torno do uso e da ocupação do solo; isso tende a obscurecer a hipótese do parcelamento compulsório, cuja aplicação requer fixação da área máxima dos imóveis em determinada localidade.

O Plano Diretor de São Paulo, por exemplo,²²⁰ considera **solo urbano não edificado**, terrenos e glebas com área superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), onde o coeficiente de aproveitamento utilizado seja igual a zero. Este é um índice que depõe sobre a relação entre a área total do terreno e a área total construída; quando o coeficiente é zero, significa a inexistência de qualquer construção.

São ali considerados **solo urbano subutilizado**, os terrenos e glebas com área superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), onde o coeficiente de aproveitamento fique abaixo do mínimo previsto para o lote. É importante registrar que o próprio Plano Diretor fixa para cada zona o correspondente índice. Tal situação representa, na realidade, a “subedificação”, mas o enquadramento segue a terminologia adotada no Estatuto da Cidade. A Lei Básica do Desenvolvimento Urbano de São Paulo excepciona esse tratamento em caráter expresso para: os imóveis aproveitados com instalações de atividades econômicas que não necessitam de edificações; os imóveis onde há postos de abastecimento de veículos; os imóveis integrantes do Sistema de Áreas Verdes do Município. Nessas hipóteses, entendeu-se que a edificação abaixo do mínimo exigido é compensada pelo bem-estar ou, pelo menos, pela comodidade oferecida à coletividade.

É considerado **solo urbano não utilizado** todo tipo de edificação (em distritos ali discriminados) que tenham, no mínimo, 80% (oitenta por cento) de sua área construída desocupada há mais de cinco anos, ressalvados os casos em que a desocupação decorra de impossibilidades jurídicas ou resulte de pendências judiciais incidentes sobre o imóvel. Sem que haja prejuízo material por isso, os imóveis aqui abrangidos seriam melhor classificados com subutilizados, exceto aqueles que não possuíssem utilização alguma, pois aí, sim, no rigor técnico, seriam não utilizados. Como se percebe, o Plano Diretor, de imediato, exclui da

²²⁰ Ver art. 201 e §§ da Lei Municipal nº 13.430/02.

classificação os casos onde há obstáculos jurídicos para o proprietário aproveitar mais intensamente o imóvel e é evidente que isso ocorra, pois descabe atribuir-lhe comportamento faltoso nesse contexto; no final das contas, sequer é lícito utilizar o bem contra aquelas condições.

Já o Plano Diretor de Chapecó considera **solo urbano não edificado** os terrenos e glebas com área superior ou igual a 360,00m² (trezentos e sessenta metros quadrados) e que se encontram vazios, localizados nas unidades territoriais que possuem coeficiente de aproveitamento básico igual ou superior a 0,8. Enquanto isso, são classificados como **subutilizados**, os terrenos e glebas com área superior ou igual a 360,00m² (trezentos e sessenta metros quadrados), onde a edificação não atingir o coeficiente de aproveitamento mínimo, definido para a respectiva unidade territorial, conforme tabela anexa ao texto legal.

Por sua vez, **imóvel não utilizado** é a unidade imobiliária autônoma que tenha sua área construída, na totalidade ou "*em osso*", desocupada há mais de cinco anos, ressalvados os casos em que a desocupação decorra de impossibilidades jurídicas ou resultantes de pendências judiciais incidentes sobre o imóvel. Cumpre explicar que, para o Plano Diretor, edificações "*em osso*" são aquelas que se encontram com sua estrutura e demais elementos construtivos principais finalizados, aguardando apenas por revestimentos, acabamentos ou instalações de equipamentos necessários ao funcionamento da mesma. Como se vê, a lei foi mais fiel à idéia de não utilização, mas por outro lado deixou de contemplar situações onde ocorrem utilização ínfima.

A título de enriquecer o breve painel delineado, registre-se também o Plano Diretor de Araguari naquilo que difere das leis mencionadas acima. Um ponto importante é que ele não fixa área mínima para o lote ser classificado como **não edificado**; o enquadramento se opera independentemente do tamanho do imóvel. Além disso, como **subutilizados** aparecem os imóveis edificados com coeficiente de aproveitamento abaixo do mínimo estabelecido no próprio Diploma Básico da Política Urbana, bem como aqueles em que oitenta por cento ou mais de sua área construída está desocupada há mais de cinco anos. Do quadro de imóveis não edificados ou subutilizados exclui-se o seguinte rol: os aproveitados em atividades esportivas e de lazer, empresariais, agrícolas, filantrópicas, assistenciais ou de segurança/defesa; aqueles onde houver áreas verdes e de preservação do Município; os considerados como patrimônio histórico; aqueles sob os quais incidam impedimento judicial; os que tenham no máximo 400m² de área e sejam o único imóvel de família de baixa renda, a qual comprovadamente não apresente poder aquisitivo para aproveitá-lo em maior intensidade.

O parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios como a manifestação de um dever concreto

Na Carta Constitucional e no Estatuto da Cidade, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios são apresentados como a primeira sanção aplicável para o inadequado aproveitamento do solo urbano. É a situação concreta do imóvel que definirá se a exigência urbanística será no sentido de parcelar, edificar ou utilizar o terreno. Seja como for, a conclusão final da Administração Pública deve ser precedida do devido processo legal, com oportunidade de defesa ao proprietário. Trata-se de garantia constitucional aos acusados em geral, inclusive em sede administrativa (art. 5º LV).

Se após a defesa, a conclusão for mesmo pelo descumprimento do dever geral e abstrato de tornar proveitoso o solo urbano, será fixado o prazo para o proprietário corrigir sua omissão. Transcorrido o prazo, caso prossiga a inadequação, aí sim será aplicável o IPTU progressivo e, posteriormente, a desapropriação mediante títulos da dívida pública. É clara, desde a Lei Maior, a sucessividade na aplicação desses instrumentos, fato reiterado no Estatuto da Cidade.

Em rigor, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios são muito mais uma imposição de dever concreto e específico ao proprietário do que propriamente sanções. Com efeito, o constituinte optou por exigir verdadeiro ato-condição a partir do qual as punições poderão se operar: o IPTU progressivo e a desapropriação mediante títulos da dívida pública. Cuidou-se assim de uma última garantia ao proprietário: ele terá a chance derradeira para se corrigir, antes de ser punido; a fim de reforçar tal garantia, o Estatuto da Cidade assegurou inclusive prazo mínimo, a meu ver exagerado, para o notificado cumprir com suas obrigações, não podendo, todavia, a lei municipal cobrar o adequado aproveitamento em tempo menor.

Embora possa ter semelhanças com penas conhecidas em outras situações do Direito Público, como a advertência, a notificação para parcelar, edificar ou utilizar representa a efetiva submissão de um direito de propriedade a um dever jurídico; assinala - e impõe - obrigação concreta e pessoal de fazer, assinalando o respectivo prazo para o cumprimento. Não é usual que essa “última chance” ocorra no Direito, quando comprovado o descumprimento da obrigação geral e abstrata, mas assim quer nosso ordenamento jurídico para o caso.

A seqüência constitucional há de ser estabelecida observando-se, inclusive, os intervalos previstos no Estatuto da Cidade. É, por isso mesmo, francamente inconstitucional a previsão que subverta aquela ordem, como por sinal ocorre no Plano Diretor de Juiz de Fora, ao prever que o parcelamento e edificação compulsórios de imóveis urbanos serão empregados em seguida à aplicação do imposto territorial e/ou predial progressivo, culminando com a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública.²²¹

²²¹ Art. 49 Lei Municipal 9811/00.

Por fim, esclareça-se calhar apenas a cobrança para que o proprietário confira ao imóvel algum aproveitamento econômico admitido na legislação local; fique bem destacado o seguinte: não assistirá às autoridades locais reivindicar uso específico, com base no que seja o mais interessante aos munícipes, de olho, por exemplo, na carência da área onde se situa o terreno; o proprietário não fica despedido da faculdade de definir como utilizará seu bem, devendo logicamente observar as restrições legais aplicáveis. Embora tenha de propiciar benefício à coletividade, nem por isso o titular perderá a capacidade de gerir o bem que continuará subscrito em seu patrimônio.

A demarcação da área de incidência no Plano Diretor

Desde o texto constitucional vem se manifestando, de modo amplamente majoritário, o entendimento de que ao Plano Diretor caiba exatamente o papel de demarcar a fração (ou as frações) do território municipal sujeita(s) ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Se a redação constitucional não era clara nesse sentido - e não o é - o Estatuto da Cidade, em seu artigo 42, I afirma com todas as letras essa verdadeira condição imposta para o uso do instrumento: a identificação, pelo Plano Diretor, das áreas nas quais o imóvel fique passível de ser rotulado como não utilizado, subutilizado ou não edificado.

É sempre delicado o fato de lei federal buscar delimitar a capacidade de outro ente federativo escolher a lei adequada para tratar de questões de seu interesse; já teci críticas ao caso em exame, todavia, entendo hoje pela sua aceitabilidade.²²² Ainda que não seja absolutamente imprescindível que o Plano Diretor promova o macrozoneamento, ele já deve indicar quais são as melhores áreas para intensificar a ocupação e as linhas gerais da estratégia para promovê-la. Trata-se de decisão nuclear para a política urbana. Optando o Município pela faculdade oferecida na Lei Maior, no sentido de utilizar os instrumentos em foco, é no Plano Diretor mesmo que cumprirá consignar esse fato: como alicerce do desenvolvimento urbano, há de associar os objetivos e diretrizes com as estratégias e, conseqüentemente, com os instrumentos utilizáveis para cada uma delas.

Naturalmente, a exigência do adequado aproveitamento haverá de recair em área cuja urbanização permita - e até mesmo exija - adensamento além do existente; em outras palavras, a aplicação desses instrumentos deve atender ao interesse de ampliar a efetiva utilização de uma ou mais localidades, escolhendo-se aqueles espaços estratégicos para o cumprimento da função social da cidade. Por isso mesmo, observa-se, em certos planos diretores, que a área de incidência é exatamente aquela destinada à consolidação urbana,²²³ ou à urbanização e

²²² Ver artigo do autor **Considerações Sobre os Imóveis Não Edificados, Não Utilizados ou Subutilizados no Estatuto da Cidade**, edição citada.

²²³ Plano Diretor de Araguari (art.70, parágrafo único)

ocupação prioritárias, ou ainda as Zonas de Especial Interesse Social;²²⁴ enfim, abarca as localidades para as quais a finalidade principal seja o adensamento.

Vale mencionar o Plano Diretor de Santo André cuja ótica adotada foi bastante particular: o âmbito de aplicação dessa exigência se dá para boa parte da Macrozona Urbana, mas em compensação a pecha de **subutilização** ou **não edificação** incidirá em imóveis com área superior a 1.000m². Somente em relação ao **imóvel não utilizado** não se faz consignar área mínima, bastando comprovar a desocupação por dois anos.²²⁵

Deixe-se consignado que o campo de incidência do instrumento em exame não precisa, de modo algum, formar mancha contínua dentro do território municipal.

A qualificação como solo urbano requer tão-somente que o imóvel esteja situado em local vocacionado à urbanização, de acordo com a legislação municipal; não diz respeito à atividade exercida sobre o bem. Seria absolutamente irrazoável, pelos propósitos do instrumento, restringir o dever urbanístico aos terrenos já urbanizados. Prevalece aqui o interesse ou mesmo a necessidade de aproveitamento do solo para viabilizar o desenvolvimento urbano. O projeto pessoal – relacionado à exploração rural, por exemplo - não se imporá ao projeto coletivo, discutido com a comunidade. Pensar o contrário é claro despreço à supremacia do interesse público e à forma encontrada para se lutar pela função social da cidade; como já se viu, a propriedade urbana curva-se a esse primado, de tal forma que não estará nas faculdades do proprietário conservar o aproveitamento rural do imóvel, quando a expectativa sobre ele seja a de servir para a urbanização.

Por fim, diante desse breve painel, resta consignar a margem para controvérsia em previsões como a do Plano Diretor de São Paulo, entre outros, quando admite para outras leis a capacidade de fixar novas áreas para incidência dos instrumentos em exame, como seria o caso dos Planos Regionais.²²⁶

O parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios como a manifestação de um dever concreto

Na Carta Constitucional e no Estatuto da Cidade, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios são apresentados como a primeira sanção aplicável para o inadequado aproveitamento do solo urbano. É a situação concreta do imóvel que definirá se a exigência urbanística será no sentido de parcelar, edificar ou utilizar o terreno. Seja como for, a conclusão final da Administração Pública deve ser precedida do devido processo legal, com

²²⁴ Ambas aparecem no Plano Diretor de Chapecó (art. 195).

²²⁵ Art. 116 da Lei Municipal nº 8.696/04.

²²⁶ Art. 201, § 6º da Lei Municipal nº 13.430/02.

oportunidade de defesa ao proprietário. Trata-se de garantia constitucional aos acusados em geral, inclusive em sede administrativa (art. 5º LV).

Se após a defesa, a conclusão for mesmo pelo descumprimento do dever geral e abstrato de tornar proveitoso o solo urbano, será fixado o prazo para o proprietário corrigir sua omissão. Transcorrido o prazo, caso prossiga a inadequação, aí sim será aplicável o IPTU progressivo e, posteriormente, a desapropriação mediante títulos da dívida pública. É clara, desde a Lei Maior, a sucessividade na aplicação desses instrumentos, fato reiterado no Estatuto da Cidade.

Em rigor, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios são muito mais uma imposição de dever concreto e específico ao proprietário do que propriamente sanções. Com efeito, o constituinte optou por exigir verdadeiro ato-condição a partir do qual as punições poderão se operar: o IPTU progressivo e a desapropriação mediante títulos da dívida pública. Cuidou-se assim de uma última garantia ao proprietário: ele terá a chance derradeira para se corrigir, antes de ser punido; a fim de reforçar tal garantia, o Estatuto da Cidade assegurou inclusive prazo mínimo, a meu ver exagerado, para o notificado cumprir com suas obrigações, não podendo, todavia, a lei municipal cobrar o adequado aproveitamento em tempo menor.

Embora possa ter semelhanças com penas conhecidas em outras situações do Direito Público, como a advertência, a notificação para parcelar, edificar ou utilizar representa a efetiva submissão de um direito de propriedade a um dever jurídico; assinala - e impõe - obrigação concreta e pessoal de fazer, assinalando o respectivo prazo para o cumprimento. Não é usual que essa “última chance” ocorra no Direito, quando comprovado o descumprimento da obrigação geral e abstrata, mas assim quer nosso ordenamento jurídico para o caso.

A seqüência constitucional há de ser estabelecida observando-se, inclusive, os intervalos previstos no Estatuto da Cidade. É, por isso mesmo, francamente inconstitucional a previsão que subverta aquela ordem, como por sinal ocorre no Plano Diretor de Juiz de Fora, ao prever que o parcelamento e edificação compulsórios de imóveis urbanos serão empregados em seguida à aplicação do imposto territorial e/ou predial progressivo, culminando com a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública.²²⁷

Por fim, esclareça-se calhar apenas a cobrança para que o proprietário confira ao imóvel algum aproveitamento econômico admitido na legislação local; fique bem destacado o seguinte: não assistirá às autoridades locais reivindicar uso específico, com base no que seja o mais interessante aos munícipes, de olho, por exemplo, na carência da área onde se situa o terreno; o proprietário não fica despido da faculdade de definir como utilizará seu bem, devendo logicamente observar as restrições legais aplicáveis. Embora tenha de propiciar benefício à

²²⁷ Art. 49 Lei Municipal 9811/00.

coletividade, nem por isso o titular perderá a capacidade de gerir o bem que continuará subscrito em seu patrimônio.

A demarcação da área de incidência no Plano Diretor

Desde o texto constitucional vem se manifestando, de modo amplamente majoritário, o entendimento de que ao Plano Diretor caiba exatamente o papel de demarcar a fração (ou as frações) do território municipal sujeita(s) ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Se a redação constitucional não era clara nesse sentido - e não o é - o Estatuto da Cidade, em seu artigo 42, I afirma com todas as letras essa verdadeira condição imposta para o uso do instrumento: a identificação, pelo Plano Diretor, das áreas nas quais o imóvel fique passível de ser rotulado como não utilizado, subutilizado ou não edificado.

É sempre delicado o fato de lei federal buscar delimitar a capacidade de outro ente federativo escolher a lei adequada para tratar de questões de seu interesse; já teci críticas ao caso em exame, todavia, entendo hoje pela sua aceitabilidade.²²⁸ Ainda que não seja absolutamente imprescindível que o Plano Diretor promova o macrozoneamento, ele já deve indicar quais são as melhores áreas para intensificar a ocupação e as linhas gerais da estratégia para promovê-la. Trata-se de decisão nuclear para a política urbana. Optando o Município pela faculdade oferecida na Lei Maior, no sentido de utilizar os instrumentos em foco, é no Plano Diretor mesmo que cumprirá consignar esse fato: como alicerce do desenvolvimento urbano, há de associar os objetivos e diretrizes com as estratégias e, conseqüentemente, com os instrumentos utilizáveis para cada uma delas.

Naturalmente, a exigência do adequado aproveitamento haverá de recair em área cuja urbanização permita - e até mesmo exija - adensamento além do existente; em outras palavras, a aplicação desses instrumentos deve atender ao interesse de ampliar a efetiva utilização de uma ou mais localidades, escolhendo-se aqueles espaços estratégicos para o cumprimento da função social da cidade. Por isso mesmo, observa-se, em certos planos diretores, que a área de incidência é exatamente aquela destinada à consolidação urbana,²²⁹ ou à urbanização e ocupação prioritárias, ou ainda as Zonas de Especial Interesse Social;²³⁰ enfim, abarca as localidades para as quais a finalidade principal seja o adensamento.

Vale mencionar o Plano Diretor de Santo André cuja ótica adotada foi bastante particular: o âmbito de aplicação dessa exigência se dá para boa parte da Macrozona Urbana, mas em compensação a pecha de **subutilização** ou **não**

²²⁸ Ver artigo do autor **Considerações Sobre os Imóveis Não Edificados, Não Utilizados ou Subutilizados no Estatuto da Cidade**, edição citada.

²²⁹ Plano Diretor de Araguari (art.70, parágrafo único)

²³⁰ Ambas aparecem no Plano Diretor de Chapecó (art. 195).

edificação incidirá em imóveis com área superior a 1.000m². Somente em relação ao **imóvel não utilizado** não se faz consignar área mínima, bastando comprovar a desocupação por dois anos.²³¹

Deixe-se consignado que o campo de incidência do instrumento em exame não precisa, de modo algum, formar mancha contínua dentro do território municipal.

A qualificação como solo urbano requer tão-somente que o imóvel esteja situado em local vocacionado à urbanização, de acordo com a legislação municipal; não diz respeito à atividade exercida sobre o bem. Seria absolutamente irrazoável, pelos propósitos do instrumento, restringir o dever urbanístico aos terrenos já urbanizados. Prevalece aqui o interesse ou mesmo a necessidade de aproveitamento do solo para viabilizar o desenvolvimento urbano. O projeto pessoal – relacionado à exploração rural, por exemplo, - não se imporá ao projeto coletivo, discutido com a comunidade. Pensar o contrário é claro desprezo à supremacia do interesse público e à forma encontrada para se lutar pela função social da cidade; como já se viu, a propriedade urbana curva-se a esse primado, de tal forma que não estará nas faculdades do proprietário conservar o aproveitamento rural do imóvel, quando a expectativa sobre ele seja a de servir para a urbanização.

Por fim, diante desse breve painel, resta consignar a margem para controvérsia em previsões como a do Plano Diretor de São Paulo, entre outros, quando admite para outras leis a capacidade de fixar novas áreas para incidência dos instrumentos em exame, como seria o caso dos Planos Regionais.²³²

3.5.2 - IPTU PROGRESSIVO NO TEMPO

O Imposto Predial e Teritorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo representa a utilização do poder de tributar para fins extrafiscais; a extrafiscalidade ocorre quando a aplicação do tributo extravasa a simples finalidade de arrecadar recursos ao Estado, e passa também a servir como indutor de determinado comportamento, seja ele um não-fazer ou um fazer. No caso em exame, é clara a pretensão: convencer o proprietário a conferir o adequado aproveitamento ao imóvel localizado em área urbana ou urbanizável para a qual o adensamento é indicado.

Mesmo diante da extrafiscalidade, a vinculação do instrumento ao Direito Tributário acaba por determinar uma série de limitações para o Plano Diretor avançar sobre a matéria.

Por isso mesmo, o comum é que aquela peça básica do planejamento urbano reproduza as regras básicas já previstas no Estatuto da Cidade para a

²³¹ Art. 116 da Lei Municipal nº 8.696/04.

²³² Art. 201, § 6º da Lei Municipal nº 13.430/02.

cobrança do tributo. Em face das normas nacionais, a alíquota (percentual) aplicável sobre o valor venal do imóvel, operação que define a importância cobrada no IPTU, poderá, no máximo, dobrar de um ano para o outro, não podendo ultrapassar, em nenhuma hipótese, o limite de 15% (quinze por cento).

Merece registro a sustentação de que a alíquota nesse patamar caracterizaria confisco tributário, hipótese vedada pela Constituição;²³³ tal perspectiva decretaria a nulidade do lançamento do tributo nessas condições.²³⁴ Discordo desde a premissa inicial, pois a extrafiscalidade no caso, além de induzir a um comportamento, objetiva impor verdadeira punição. É oportuno, então, lembrar a constitucionalidade da pena de perdimento de bem,²³⁵ embora sequer alcancemos esse extremo na hipótese. Por sinal, é da própria Constituição que parte o tratamento sancionatório pela via da progressividade do IPTU.

A proibição genérica do confisco visa impedir o abuso do poder de tributar que faça definhir o setor privado, em prol dos cofres públicos: francamente não é disso que estamos falando aqui. Aliomar Baleeiro já chamou a atenção para o fato de que “não ofendem à Constituição impostos que, em função extrafiscal, são instituídos com propósito de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes. Nesse caso, o caráter destrutivo e agressivo é inerente a essa tributação...”.²³⁶ Faça-se notar que, para fins de proteção da indústria nacional, o imposto de importação já atingiu alíquotas bem maiores, e isso também ocorre a fim de desestimular o consumo de determinados bens (cigarros, bebidas etc.), sem que se fale de modo mais consistente em confisco. Em nenhum desses exemplos sequer há um ilícito a ser punido: portanto, como não admitir os 15% (quinze por cento) quando o proprietário falta, anos após ano, com seus deveres urbanísticos emanados da própria Lei Maior ?

Outra constatação importante, como já se observou na doutrina, é que “está nas mãos do proprietário contribuinte a manutenção dessa tributação pela alíquota máxima: basta que ele cumpra sua obrigação que cessará a cobrança”.²³⁷ A questão fica melhor analisada então à luz da razoabilidade (para alguns, seria mais especificamente a proporcionalidade) entre o ilícito praticado e a pena aplicável. Ora, a progressão da alíquota no tempo somente ocorre em razão da recalcitrância do proprietário em dar o aproveitamento adequado a seu imóvel. O percentual máximo será atingido se ele permanecer mais de seis anos nessa situação, isso após ser devidamente notificado. Esse comportamento não só é desrepeitoso com a coletividade, como é grave para o desenvolvimento urbano: praticado em larga escala provoca verdadeiras tragédias urbanas. Se a função da

²³³ Art. 150, IV.

²³⁴ É a posição sustentada por Regina Helena Costa *In Instrumentos Tributários para Implementação da Política Urbana In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111 - 113.

²³⁵ Art. 5º, XLV da Constituição da República.

²³⁶ *In Limitações ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 567

²³⁷ Consideração lançada por Fernando Dias Menezes de Almeida no capítulo **Dos Instrumentos da Política Urbana In Estatuto da Cidade**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

pena é mesmo intimar o agente a adotar comportamento desejável, sua face há de ser severa.

Aliás, quem advoga a idéia de confisco está certamente a zelar pelo direito à propriedade. Mas a propriedade que se tem que proteger é aquela cumpridora de sua função social, o que não ocorreria no caso.

Chegar à conclusão de confisco em razão da soma de lançamentos por sucessivos anos sobre uma riqueza que não se renova - a propriedade imobiliária continua a mesma - é forma inadequada de apreciar o assunto. O imposto em questão incide periodicamente, sem vínculo com o lançamento anterior: é a cada ano uma nova obrigação; e faça-se notar o seguinte, se pensarmos o contrário, seria possível mais cedo ou mais tarde (10 ou 20 anos, por exemplo) falar-se em subtração do patrimônio particular, mesmo quando não houvesse progressividade, considerando-se simplesmente a soma dos valores recolhidos nesse período.

O teto de 15 % (quinze por cento) do valor venal do imóvel no lançamento do IPTU progressivo não merece ser encarado como abusivo, muito menos confiscatório, mesmo quando repetida ao longo de anos; inclusive porque ela decorrerá única e exclusivamente do comportamento faltoso e reincidente do proprietário, prejudicando o desenvolvimento urbano e negando a função social da propriedade. Por tudo isso, não vejo maiores riscos do Plano Diretor reiterar no âmbito municipal esse mesmo limite, como costumariamente se observa. Evidentemente, tem-se aqui um limite nacional, não necessariamente uma conta de chegada. Por isso, não cumpre questionar a validade do Plano Diretor de Araguari, que estebeleceu a alíquota máxima do IPTU progressivo na casa dos 10% (dez por cento).²³⁸

Segundo a redação da Lei Federal, o aumento anual da alíquota operar-se-ia por cinco anos, mas esse é o prazo máximo. O Plano Diretor de Araxá, por exemplo, optou pela majoração ao longo de quatro anos, e não se vê até aí porque lhe atribuir qualquer vício na escolha. Previu ainda que o Poder Executivo manterá a cobrança pela alíquota máxima, até se cumprir a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, cabendo facultativamente ao Município promover a desapropriação mediante títulos da dívida pública; aqui é importante um ressalva.²³⁹ Com efeito, vale consignar que a faculdade de expropriação permanecerá vedada até se completar o quinquênio de IPTU progressivo, o que levará à repetição do percentual entre o quarto e o quinto ano; isto porque o período assinalado funciona como verdadeiro prazo de carência, para a desapropriação-sanção, ou seja, é uma garantia nacional aos proprietários.

A intensidade da progressão da alíquota é questão remetida à legislação específica, a mesma a tratar mais detalhadamente do parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Note-se que o diploma legal a ser elaborado

²³⁸ Art. 70 da Lei Complementar nº 34/04

²³⁹ Arts. 77 e 78 da lei Municipal nº 4.135/02.

terá o tratamento previsto para a legislação tributária, cabendo observar o disposto na Lei Orgânica Municipal.

Uma recomendação importante é que o Plano Diretor procure reproduzir a previsão contida no Estatuto da Cidade no sentido de vedar a anistia ou remissão do IPTU progressivo no tempo.²⁴⁰ Por mais que se possa concordar com a temeridade de se invocar o perdão do tributo-sanção já lançado, colocando em risco a eficácia social do instrumento, a respectiva proibição tem que ser tratada por quem detém o poder de tributar, no caso o Município, o único capaz de decidir pela possibilidade de remir o crédito tributário municipal; qualquer outra ação nesse sentido representa violação da autonomia financeira municipal. A União, a título de editar normas gerais de Direito Financeiro, pode até condicionar o exercício da renúncia fiscal como o faz na chamada Lei de Responsabilidade Fiscal,²⁴¹ mas não lhe cabe proibir o uso da anistia ou da remissão pelos Município, por mais nobre que seja o motivo, pois reside aí esfera relacionada à autonomia política. Discordo, portanto, das respeitáveis opiniões em contrário a vaticinar a validade da vedação disposta no Estatuto da Cidade.²⁴²

3.5.3 - DESAPROPRIAÇÃO MEDIANTE TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA

Desapropriação é a imposição da perda da propriedade existente sobre um bem, com a conseqüente aquisição do mesmo pela Administração Pública por necessidade ou utilidade pública, ou ainda por interesse social. Consoante nossa Lei Maior, o instituto deve ser normalmente precedido de indenização justa e prévia, paga em dinheiro (art. 5º, XXIV), de modo a não trazer excessivo sacrifício ao proprietário. Ocorre que o mesmo dispositivo constitucional responsável pela regra, ressalva a existência de exceções admitidas em sede constitucional. Entre as hipóteses excepcionais encontra-se exatamente a desapropriação, mediante títulos da dívida pública, do imóvel não utilizado, subutilizado ou não edificado, que, por suas peculiaridades, costuma ser classificada como desapropriação-sanção.

Partindo do artigo 182, § 4º, III, duas diferenças são facilmente apontadas em relação ao que ocorre, em geral, nas desapropriações. A primeira não enseja dúvidas: é o fato de o pagamento ocorrer inicialmente em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos; em vez de receber dinheiro, o expropriado ficará com crédito a ser convertido em pecúnia através de parcelas anuais, iguais e sucessivas, ao longo de uma década. A segunda diferença rende polêmicas: o texto constitucional não se refere à “justa indenização”; alude apenas ao “valor real da indenização”. A pergunta que ocorre então é a seguinte: valor real e valor justo seriam a mesma coisa? Apesar das opiniões sobre a equivalência das expressões, há, sim, distinção entre elas.

²⁴⁰ Art. 7º, § 3º.

²⁴¹ Art. 14 da Lei Complementar nº 101/00.

²⁴² Registre-se, por exemplo, o magistério de Fernando Dias Menezes de Almeida, *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 96 – 97.

Um indício importante sobre a diferença decorre de regra comum à interpretação jurídica. Se o mesmo Diploma Legal utiliza termos distintos, ainda que parecidos, em geral deve se deduzir que ele queira designar mesmo situações diversas; o recomendável na técnica legislativa é que não se recorra a sinônimos na redação do texto legal: a repetição é que deve ser perseguida, para não restar dúvida de que se fala sempre da mesma coisa; isso é tão mais certo, quando se tem vista expressão consagrada no Direto, como é o caso da “justa indenização”, que remonta a outras Constituições.²⁴³ Todavia, essa orientação ao intérprete, por si só, é insuficiente para determinar qualquer conclusão.

Ela precisa apoiar-se em outros elementos, e o reforço vem se lembrarmos que a expressão valor real no Direito brasileiro consagrou-se para designar a atualização monetária, impedindo a corrosão de uma importância financeira pela pressão inflacionária. Como o resgate dos títulos dará ao longo de dez anos, faz todo o sentido exigir que o valor, após ser devidamente apurado, seja corrigido com o passar do tempo, a fim de manter sua integridade.

Para concluir ainda em face da literalidade, merece registro o fato de que a outra desapropriação tratada como sanção, aquela voltada para fins de reforma agrária, tanto se reporta à justa indenização como ao valor real.²⁴⁴ Parece então mais do que claro que em relação ao imóvel urbano não utilizado, subutilizado ou não edificado a intenção foi mesmo deixar de lado a proteção do valor justo da indenização. Mais uma vez falamos de instrumento cuja utilização apresenta finalidades distintas daquelas contempladas em sua concepção geral; por isso é possível excepcionar as regras comuns a ele. É a própria Constituição da República que está a declarar isso, diante de situação classificada como faltosa e contrária ao interesse público. Convenhamos que, embora o pagamento ao longo de dez anos seja tratamento pior do que o do pagamento à vista, nele não se encerraria tão claramente o fardo da punição, pois, de qualquer sorte, o expropriado perceberia, o valor integral correspondente à perda patrimonial sofrida.

Para quem alega que não há motivo para estabelecer diferenças entre o caso em exame e a expropriação para reforma agrária, no qual se assegura a justa indenização, já caberia perguntar: por que a redação nitidamente diferenciada nesse aspecto por parte do texto constitucional? Mias do que isso, importa destacar o seguinte: o proprietário urbano terá uma série de medidas prévias até se chegar a essa última determinação, o que não ocorre para o proprietário rural; isso demonstra maior gravidade na hipótese de aplicação da desapropriação-sanção para o imóvel urbano, pois pressupõe comportamento desrespeitoso anos a fio, mesmo após notificação para conferir o adequado

²⁴³ Na mesma linha é o magistério de Diógenes Gasparini, *In O Estatuto da Cidade*, edição citada, p. 62 - 63. Em corrente antagônica advoga Clóvis Beznos, no capítulo **Desapropriação em Nome da Política Urbana** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131 – 135.

²⁴⁴ Art. 184 da Constituição da República

aproveitamento ao terreno. É natural que a reprovação seja maior, fato que precisa ser levado em conta na hora de se fixar a pena.

José dos Santos Carvalho Filho, ao apreciar a situação, discorre que:

“(...) o requisito de justiça da indenização não tem – insistimos – inteira aplicação no caso da desapropriação urbanística sancionatória. A *ratio* que conduz o Poder Público a processar a desapropriação por utilidade pública ou interesse social não tem qualquer conotação com comportamento ilícito do expropriado. Cuida-se apenas de aquisição do imóvel para certo fim público.

A desapropriação prevista no Estatuto, porém, pressupõe que o proprietário esteja em situação de frontal desrespeito à ordem urbanística da cidade, mesmo após as providências adotadas pela Administração com vistas à regularização do imóvel. Diante desse fator, que é específico desse tipo de desapropriação, a idéia de valor real pode ser delineada pela lei reguladora, no caso o Estatuto, desde que é óbvio, não seja tão ínfimo que possa caracterizar o indevido confisco ou, se preferir, confisco por via oblíqua”²⁴⁵

Decerto que o critério para apurar o valor da indenização prevista no Estatuto da Cidade ainda renderá muita controvérsia. Refere-se ali ao montante utilizado como base de cálculo do IPTU, descontada a parcela acrescida em função de obras realizadas pelo Poder Público ocorridas após a notificação para parcelar, edificar ou utilizar o imóvel.²⁴⁶ De qualquer sorte, tenho por sua constitucionalidade. Para o escopo da presente obra esse é o registro principal acerca da desapropriação, pois em verdade a competência legislativa sobre o tema foge da alçada municipal.

O assunto está inserido na competência privativa da União.²⁴⁷ Descabe ao Município disciplinar a desapropriação mediante títulos da dívida pública, devendo seguir o disposto na legislação federal. Até mesmo a emissão de título da dívida pública observará condições nacionais e dependerá de autorização do Senado Federal.

Faça-se notar que a Lei Federal nº 10.257/01 está longe de esgotar o instituto; ela, isoladamente, não confere operacionalidade à desapropriação, pois não organiza o procedimento a ser seguido; não cuida, entre outras coisas, da expedição de decreto para declarar a desapropriação, nem define se há ou não necessidade de propositura de ação judicial quando o proprietário discordar do valor. É necessário associar os mandamentos contidos no Estatuto da Cidade com os outros diplomas legais que tratam da desapropriação no Direito brasileiro, os quais terão aplicação subsidiária, isto é, suprirão as lacunas existentes.

²⁴⁵ In **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106.

²⁴⁶ Art. 8º, § 2º da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁴⁷ Art. 22, II da Constituição da República.

Em verdade não é nem recomendável que o Município reproduza as normas nacionais aplicáveis à desapropriação, como tem sido freqüente em Planos Diretores;²⁴⁸ não só porque o tema está mesmo fora de sua alçada, mas por um aspecto também prático: em caso de mudanças das normas federais, alguma confusão pode ser produzida pelos desencontros da nova lei com a legislação municipal; nesse conflito não cabem dúvidas: o tema é de competência privativa da União, o que definirá que as normas válidas são as estabelecidas com aprovação do Congresso Nacional. Por isso mesmo, o melhor seria simplesmente o Plano Diretor remeter-se genericamente à legislação federal para tratar do assunto.

Não se pode, todavia, negar ao Plano Diretor a capacidade para determinar regras sobre a destinação dos imóveis adquiridos por desapropriação, em razão da autonomia administrativa municipal; tem-se visto, em alguns casos, que os bens expropriados nessas condições serão prioritariamente aproveitados para fim específico, como para promover a habitação de interesse social.²⁴⁹

3.5.4 - DO DIREITO DE SUPERFÍCIE

Como resta claro no Estatuto da Cidade, o direito de superfície não confere poder especial em favor do Município para condução do desenvolvimento urbano. Trata-se, em verdade, de mais um direito real, o qual pode ser instituído tanto nas relações entre particulares, como também naquelas de que faça parte entidade pública. Todavia, como sua aplicação é capaz de trazer conseqüências importantes para as cidades, é interessante delinear sua tessitura e refletir muito brevemente acerca da forma pela qual o Município poderá lidar com ele, especialmente em seu Plano Diretor.

Antes de mais nada, é de se destacar que o direito de superfície apresenta-se como clara exceção à regra pela qual tudo aquilo que se ergue sobre o solo é incorporado à propriedade deste. Com efeito, a acessão, figura tão cara ao nosso direito civil, fica afastada desde o momento em que se admite a existência de propriedade específica sobre a construção, distinta daquela exercida sobre o terreno em que ela (a construção) se localiza. O direito de superfície constitui-se a partir de relação contratual, onde em um dos pólos estará o proprietário do solo e no outro o proprietário da superfície, também chamado de superficiário. Como prevê a Lei Federal n 10.257/01, a relação pode se dar por tempo determinado ou indeterminado, de modo oneroso ou gratuito; tais definições dependerão da vontade dos contratantes.²⁵⁰ O Código Civil de 2002, que também contempla o direito de superfície,²⁵¹ prescreve sua vigência por tempo determinado.

²⁴⁸ Ver, por exemplo, o de Santo André (art. 119) e de Araxá (art. 78); muitos seguem essa mesma linha

²⁴⁹ Ver Plano Diretor de Porto Alegre (art. 79, § 1º)

²⁵⁰ Arts. 21 a 24.

²⁵¹ Arts. 1369 a 1377 da Lei Federal nº 10.406/02.

Por tais características, é possível conceituar o direito de superfície como “o direito real que confere ao seu titular o direito de propriedade autônoma sobre as construções, obras e plantações que acrescentar ao solo, mediante acordo de vontades celebrado com o proprietário do terreno, com ou sem remuneração, por tempo determinado ou indeterminado.”²⁵²

A grande diferença do direito de superfície, em relação a outras situações até certo ponto semelhantes (enfiteuse, concessão de direito real de uso etc.), é que ele não é um simples direito real sobre imóvel alheio: é, sim, direito real autônomo, uma verdadeira propriedade. O superficiário é senhor do bem edificado sobre o solo de outrem. Pode defender seu bem nessa qualidade máxima de proprietário, titular do domínio pleno. Em contrapartida, deverá responder integralmente pelos encargos e tributos incidentes sobre a propriedade superficiária, enquanto o proprietário do solo continua como o contribuinte dos encargos incidentes sobre o terreno.²⁵³ Tal constatação chama a primeira observação sobre as consequências do direito de superfície para o desenvolvimento urbano: a legislação municipal há de se adaptar com a “divisão da propriedade”, de modo a lidar da melhor forma possível com esse fato; em caso de mau uso do imóvel, por vezes não será fácil indicar quem responderá perante o interesse público. Por não ser essa uma questão tipicamente enfrentada no Plano Diretor, faço apenas consignar a conveniência de ajustar a legislação municipal ao fato de, sobre um mesmo espaço, indiviso do ponto de vista físico, coexistirem propriedades distintas.

O que se afigura mais oportuno aos propósitos deste trabalho é como o Município pode se recorrer ao direito de superfície para cumprir suas missões. Pois bem, a utilização do direito de superfície é franqueada à Municipalidade em relação aos seus imóveis. E aqui se faça um destaque: se o Estatuto da Cidade refere-se aos imóveis urbanos, o novo Código Civil, lei posterior ao Estatuto e que também disciplina o direito de superfície, retira essa delimitação geográfica.²⁵⁴

Em linhas gerais, o Município deverá seguir a legislação federal que rege o instrumento. Por se tratar de direito real, inerente ao direito civil, descumpre ao Município disciplinar amplamente esse contrato. Será lícito ao Município estabelecer as regras para que ele próprio recorra ao direito de superfície,

²⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito de Superfície** *In* **Estatuto da Cidade**, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183 - 184.

²⁵³ Art. 25, § 3º da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁵⁴ A inclusão desse direito no novo Código Civil tem suscitado alguma discussão acerca da revogação dos dispositivos relacionados ao tema no Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24). Um dos maiores especialistas no assunto, o professor Ricardo Lyra, em palestras proferidas, sustenta que isso não ocorreu, por ser o Estatuto da Cidade lei mais específica, que continua a disciplinar o direito de superfície em relação aos imóveis urbanos. É exatamente essa a posição seguida por José dos Santos Carvalho Filho, *In* **Comentários ao Estatuto da Cidade**, edição citada, p. 147. A questão tem relevo prático porque há algumas – poucas – diferenças entre os textos legais sobre o assunto, mas deixo de lado a discussão por fugir dos lindes desta obra.

sobretudo em relação aos imóveis públicos municipais. Tal competência é declarada inclusive no Código Civil, ao assinalar que “o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público, rege-se por este Código, no que não for diversamente disciplinado em lei especial”.²⁵⁵

Em suma, para instituir o direito de superfície sobre imóveis municipais, o Poder Público local deverá consignar tal alternativa em sua legislação; haverá de definir certas características dessas relações em lei própria, que é a forma adequada para manifestação de vontade das entidades públicas, em caráter geral e abstrato. Logicamente a normatização pode passar inclusive pelo Plano Diretor, e é no mínimo recomendável que isso ocorra, se a utilização do direito de superfície sobre imóveis públicos estiver relacionada com políticas voltadas para promover o desenvolvimento urbano.

Alguns Municípios prevêm a adoção desse instrumento a fim de tratar da utilização de espaços municipais pelas concessionárias de serviços públicos, para passagem de cabos ou instalação de postes, por exemplo.²⁵⁶ Cumpre lembrar que a propriedade autônoma pode se dar também quanto ao subsolo e mesmo em relação ao espaço aéreo. O Plano Diretor de Chapecó vai além dessa situação ao contemplar que será objeto de remuneração ao Município todo o uso do espaço público, superficial, aéreo ou subterrâneo, que implique benefício financeiro para o usuário, especialmente a implantação de fontes e redes distribuidoras e condutoras de energia elétrica, telecomunicações, TV a cabo, gás natural e de captação e distribuição de água e esgoto, mediante concessão do direito de superfície, conforme regulamento municipal. A previsão alcança expressamente os bens de uso comum do povo e os de uso especial. Dispõe ainda que o Poder Executivo observará procedimento que assegure igualdade de condições entre os possíveis interessados.²⁵⁷

Em Macapá, a peça básica do desenvolvimento urbano estabelece que outra lei municipal disciplinará a utilização do direito de superfície em imóveis públicos Municipais. Mas em seu texto já fica assinalada a necessidade de o contrato ser por tempo determinado e em caráter oneroso (remunerado). Contempla ainda que sua instituição seja para um dos seguintes fins: viabilizar a implantação de infra-estrutura de saneamento básico; facilitar a implantação de projetos de habitação popular e de proteção ou recuperação de áreas alagadiças; viabilizar a implementação de programas previstos no Plano Diretor; viabilizar a efetivação do sistema de mobilidade para estruturação do Município; viabilizar ou facilitar a implantação de serviços e equipamentos públicos; facilitar a regularização fundiária de interesse social.

A adoção da propriedade superficiária na política habitacional merece destaque, pelas peculiaridades desse instrumento.

²⁵⁵ Art. 1377.

²⁵⁶ Ver artigo 154 do Plano Diretor de Santo André.

²⁵⁷ Art. 174 da Lei Complementar Municipal nº 202/04

Diferentemente da doação, na concessão da superfície o Município permanecerá na propriedade do solo; mais que isso: findo o contrato, aquilo que estiver construído sobre ele ingressará/retornará ao patrimônio público, salvo disposição em contrário.²⁵⁸ Além disso, a legislação prevê que será extinto o direito de superfície se o superficiário conferir ao bem destinação diversa daquela prevista no contrato, tratamento esse que, no fundo, não é específico do direito de superfície, pois existe, por exemplo, na concessão de direito real de uso. Tais características oferecem vantagens, evitando a perda do patrimônio público, bem como a manutenção do destino do bem.

Por outro lado, o direito de superfície produz significativa vantagem ao superficiário, quando comparado com os direitos reais sobre imóveis alheios (usufruto, uso etc.). Por se tratar de verdadeiro direito de propriedade, viabiliza a instituição de hipoteca sobre o bem, o que amplia a capacidade do superficiário para obter crédito. Se pensarmos em termos de política habitacional de interesse social ou mesmo para o desenvolvimento de pequenas empresas, essa diferença é fundamental.²⁵⁹ Uma das grandes questões colocadas é que, sem o título de propriedade do imóvel, os moradores não conseguem acessar aos mecanismos de financiamento e acabam limitados quanto à inclusão social. Na teoria jurídica, com a criação da propriedade superficiária, autônoma ao solo, a questão ganha novos ares.

O que resta saber é se as instituições de crédito realmente aceitarão na prática esse tipo de garantia, tendo em vista as circunstâncias especiais do direito em destaque, especialmente a vigência por tempo determinado e a possibilidade de seu desfazimento, quando a utilização do bem não se der em conformidade com a finalidade que justificou a relação contratual entre o proprietário do solo e o superficiário.

3.5.5 - DO DIREITO DE PREEMPÇÃO

Preempção significa preferência na compra, estabelecida diante de certas circunstâncias em nosso ordenamento jurídico; por exemplo, o Decreto-lei nº 25/37 institui a preferência na alienação onerosa de bem tombado, a qual se opera em favor da União, Estados e Municípios.²⁶⁰ Até mesmo entre particulares pode se estabelecer a preferência em prol de uma determinada pessoa, mediante relação contratual.

Para fins do Estatuto da Cidade, o direito de preempção serve a propósito mais específico: o desenvolvimento urbano. É a partir desse contexto

²⁵⁸ Art. 24 da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁵⁹ A propósito cite-se a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no capítulo **Direito de Superfície** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183.

²⁶⁰ Art. 22.

que se manifestará a preferência, a favor do Município, para aquisição de imóveis urbanos, quando houver o interesse do proprietário em aliená-lo onerosamente.

Por lidar com a questão da transferência de domínio sobre imóvel, esse é o tipo de instrumento cuja criação depende de legislação federal, haja vista a competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil. Apesar de parte do uso e do gozo da propriedade sujeitarem-se ao Direito Urbanístico, capacitando o Município a legislar originariamente sobre o tema e a conceber instrumentos nessa linha, o mesmo não ocorre com a faculdade de dispor do bem, no tocante a promover a transferência da propriedade. Embora nítida sua vinculação ao desenvolvimento urbano, o direito de preempção emerge das relações regidas pelo Direito Privado.

Tal qual ocorre em boa parte dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, trata-se aqui mais uma vez de restrição à propriedade, limitando a liberdade do titular do domínio. Ao mesmo tempo em que se fundamenta nas idéias de função social da propriedade e da cidade, bem como ainda na supremacia do interesse público, seu exercício manifesta o que se chama “poder de polícia do Estado”, sempre a requerer previsão legal. Por isso, cabe afirmar que “pelo direito de preempção é imposta ao proprietário de imóvel urbano situado em área delimitada por lei municipal baseada no plano diretor uma abstenção: não alienar onerosamente esse imóvel a particulares antes de oferecê-lo ao Município”.²⁶¹

Preempção e desapropriação não se confundem. De imediato é de se destacar que ambos servem para a aquisição da propriedade, mas cada qual se opera em âmbito bem demarcado.

A desapropriação é forma de aquisição compulsória de propriedade, imposta unilateralmente pela Administração Pública; a mudança na titularidade do domínio em nenhum momento depende da vontade do particular, inexistindo relação contratual; a rigor, não há transferência do bem: trata-se de aquisição originária, onde o objeto se incorpora ao patrimônio público como se não tivesse passado. O dever da entidade expropriante é pagar o justo valor em caráter prévio, mas se o expropriado não concordar, a questão deverá ser resolvida no Poder Judiciário.

Enquanto isso, na preempção observa-se verdadeiro contrato entre a Administração Pública municipal e o particular, o qual deseja alienar seu imóvel; é a partir dessa situação que a relação se desenvolve, possuindo a o Município apenas a prioridade para compra, diante dos demais interessados. A aquisição, nesse contexto, é chamada de derivada, pois está vinculada à cadeia sucessória de propriedades existentes sobre o bem.

²⁶¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito de Preempção** *In* **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196.

Das condições impostas pelo Estatuto da Cidade sobre a preempção, algumas são destacadas a seguir.

A incidência da preempção urbanística depende de lei municipal, baseada no Plano Diretor (art. 25, § 1º)

Pela letra da lei federal, não precisa ser o Plano Diretor a peça a definir a área de incidência da ferramenta em análise; na prática muitos o fazem, ainda que deixem a abertura para outras leis municipais agregarem novas localidades.²⁶² Pelo que já foi exposto aqui, no tocante à demarcação da área de aplicação do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, parece mesmo razoável que o Plano Diretor faça a contextualização básica quanto à aplicação dos instrumentos. Isso não se traduz necessariamente em um mapeamento, mas pelo menos em dimensionar as condições a partir das quais se torne recomendável a preempção sobre os imóveis situados em determinada localidade.

Ao se referir a imóvel urbano, o Estatuto parece ter delimitado a capacidade de o Município eleger as áreas sujeitas à preempção: a escolha recairá dentre aquelas voltadas para a urbanização, consoante o disposto no macrozoneamento municipal. Essa é a posição firmada, entre outros, por Diógenes Gasparini.²⁶³ Mesmo cumprindo ao Plano Diretor promover também o desenvolvimento rural, e ainda que haja atividades públicas a serem desenvolvidas nas zonas rurais, por vezes exigindo a instalação de equipamentos comunitários (escolas, postos de saúde etc.) ou a manutenção de áreas verdes, a preempção revela-se inaplicável nessas paragens.

Embora o Estatuto da Cidade não o exija, tem sido usual que os Planos Diretores condicionem a eficácia da preempção à notificação pessoal ao proprietário, informando que seu imóvel encontra-se em área submetida à preferência em favor do Município.²⁶⁴ Diante desse tratamento, não bastará a presunção de conhecimento das leis, passando a ser exigível comunicado oficial e individualizado ao titular do domínio. Enquanto essa informação não se efetivar, ele estará liberado do dever de observar a regra legal. Em alguns casos o Município condiciona a eficácia da preempção à averbação no Registro Geral de Imóveis (RGI), como se nota no Plano Diretor de Araguari.²⁶⁵ Certamente a intenção é dar maior efetividade social à norma, a partir do conhecimento prático, preservando-se inclusive o possível adquirente de uma péssima surpresa: a nulidade do contrato de compra e venda, quando inobservado o direito de

²⁶² É o caso do Plano Diretor de São Paulo (art. 205 e §§).

²⁶³ *In Direito de Preempção In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 197.

²⁶⁴ Novamente o exemplo citado é o Plano Diretor de São Paulo (art. 206).

²⁶⁵ Art. 78 da Lei Complementar Municipal nº34/04.

preferência do Município. Apesar dessa louvável preocupação, convém certa cautela quanto a condicionar a preempção à anotação junto ao RGI.

Isto porque é bastante firme a lição no Direito brasileiro de que os atos cabíveis ao RGI sejam tão-somente aqueles expressos em lei federal. Haveria uma tipicidade legal que esgotaria por completo os atos a serem promovidos por aquele cartório. Considerando que compete à União legislar sobre registro público (art. 22, XXV da CRFB) e que a legislação federal nada prevê sobre a averbação da preempção urbanística na matrícula do imóvel, pode o Município encontrar resistências para conseguir inserir dita informação nos livros daquele órgão.²⁶⁶

Desta feita, melhor será indicar os esforços do Município em empreender esse registro, mas não de modo a condicionar a aplicação do instrumento àquela prática, pois, em última análise, sua efetivação não dependerá apenas da vontade municipal.

A aplicação da preempção urbanística nos casos de alienação onerosa entre particulares

Não é qualquer hipótese de transferência de domínio que enseja a preferência municipal. O atributo da onerosidade deve estar presente na alienação. Oneroso é a qualificação utilizada para designar as relações em que há obrigações de dar ou fazer de modo recíproco para as partes; opõe-se ao que é gratuito.²⁶⁷ A leitura atenta da Lei Federal, no entanto, revela em seus meandros que não é toda alienação onerosa que permitirá a preempção.

Com efeito, ao discorrer sobre a mecânica a ser observada, o Estatuto da Cidade faz menção à apresentação de preço e condições de pagamento, conjunção típica da compra e venda²⁶⁸ e da promessa de compra e venda irretratável, realizada nos termos do novo Código Civil.²⁶⁹ Por outro lado, a permuta, apesar de ser espécie de transferência onerosa, fica excluída da restrição aqui tratada. Tal interpretação se reforça visto ser na compra e venda que se torna viável à Administração Pública oferecer proposta idêntica.

Outra condição merece relevo: a compra e venda – ou a promessa – deverá se dar entre particulares. Se pessoa jurídica de direito público estiver presente como comprador ou como vendedor, a preferência municipal não se manifestará. Decerto a alienação onerosa da qual faça parte a União, o Estado, autarquia e fundação de direito público fica de fora da restrição aqui apresentada.

²⁶⁶ Basicamente, os atos do RGI se encontram expressos no artigo 167 da Lei Federal nº 6.015/73. Importa consignar que essa visão não expressa pensamento único. Até mesmo entre registradores encontram-se opiniões favoráveis à anotação da preempção, posição manifestada por João Pedro Lamana Paiva (*Apud* GASPARINI, Diógenes, *In Direito de Superfície*, edição citada, p. 217)

²⁶⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Forense, 1973, p. 1094.

²⁶⁸ Art. 27, § 1º da Lei Federal nº 10.527/01.

²⁶⁹ Arts. 1417 e 1418.

Por outro lado, se a transferência envolver apenas empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica típica do setor privado (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, por exemplo), inexistirá obstáculo especial à preempção. Questão interessante é sobre a hipótese de na alienação figurar entidade de direito privado que preste serviço público, seja sociedade de economia mista, empresa pública ou mesmo entidade privada. Boa parte da doutrina brasileira estende a elas a proteção típica das entidades públicas, de modo a proteger suas atividades. Diógenes Gasparini, por exemplo, manifesta-se pela impossibilidade de aplicar-se o direito de preferência em favor do Município também nesses casos.²⁷⁰

Registre-se ainda existir sustentações no sentido de que a preempção se aplique a outros contratos incidentes sobre imóveis, sem se ater exclusivamente à transferência de domínio.²⁷¹ Não seria de todo despropositado aqui invocar inclusive conhecido brocado jurídico segundo o qual “quem pode mais, pode menos”; ou seja, se a lei alcança a aquisição de domínio, situação mais plena quanto aos direitos reais, por que negar outras possibilidades constituídas a partir da propriedade? O fato é que se afigura difícil a acolhida dessa visão, porque, de outro lado, existe também a assertiva de que as normas restritivas de direito devem ser interpretadas de modo restritivo, e aí fique claro: o texto legal apenas fala em aquisição de imóvel por alienação onerosa; se repararmos bem, estender a outras alternativas a preempção é multiplicar a capacidade de intervenção municipal, em prejuízo da liberdade, o que inibe interpretações ampliativas.

O dever de o particular notificar o Município de sua intenção de alienar o imóvel a partir do recebimento de uma proposta concreta

O proprietário apenas se obriga a comunicar ao Município a alienação onerosa quando receber proposta concreta, pela qual aceite se desfazer de sua propriedade.

Como exige o Estatuto da Cidade, à notificação será anexada a proposta de compra assinada por terceiro interessado na aquisição do imóvel, da qual constarão preço, condições de pagamento e prazo de validade.

De igual sorte aquele Diploma Nacional estabelece que o Município deve responder dentro de trinta dias, contados da data do recebimento da notificação; transcorrido o prazo, o silêncio ensejará a perda da preferência, ficando o proprietário autorizado a consumir a alienação nas condições da proposta apresentada.

²⁷⁰ *In Direito de Preempção In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 198.

²⁷¹ Nova referência se faz ao rico capítulo **Direito de Preempção** de Diógenes Gasparini, que admite a preempção diante da transferência do domínio útil ou mesmo do direito de posse (**Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200).

É importante diagnosticar que o proprietário fica vinculado à venda nos termos da proposta comunicada ao Município; se pode evidentemente desistir dela, todavia não será assistido a alterar aquelas condições, sob pena de nulidade do contrato celebrado.²⁷² A par da invalidade da compra e venda adulterada, o episódio permitirá ao Município adquirir o imóvel pelo valor de base de cálculo do IPTU, hipótese que não estará livre de controvérsias, ao menos quando houver significativa defasagem na planta de valores para lançamento do imposto.

O dever de o Município arcar com as mesmas condições da proposta recebida pelo proprietário, caso deseje adquirir o imóvel

O Município não tem o direito de preferência em condições que bem entenda. A preempção pressupõe a equalização com a proposta recebida pelo proprietário, pela qual este pretende transferir o domínio do bem. Fique claro que ao Município descabe impor a aquisição pelo valor que considere justo. Se o interesse for dessa ordem, deve partir para a desapropriação, sabendo que o caso será submetido ao Poder Judiciário, se não houver acordo quanto ao valor indenizatório.

A existência de proposta concreta e assinada nas condições apresentadas pelo proprietário não significa que o Município possa cobri-la livremente. O trato da coisa pública impede gastos excessivos, desproporcionais; tudo isso se traduz com a idéia de que os recursos públicos têm que ser empregados com parcimônia (economicidade). Por isso mesmo, o Estatuto da Cidade é inclemente: qualifica como improbidade administrativa a aquisição de imóvel, com base em direito de preempção, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente superior ao de mercado.²⁷³

A destinação do imóvel adquirido com base na preempção urbanística

Nos termos do Estatuto da Cidade, o exercício da preempção terá uma das seguintes finalidades: regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.²⁷⁴

²⁷² Art. 27, § 5º da Lei Federal nº 10.527/01.

²⁷³ Art. 52, VIII da Lei Federal nº 10.527/01.

²⁷⁴ Art. 26 da Lei Federal nº 10.527/01.

O cumprimento dos objetivos acima será exigível tanto na hipótese de o imóvel permanecer na propriedade municipal, quanto no caso de o Município transferi-lo a terceiro, o que não está vedado de plano.

Não fosse o fato de o instrumento em exame depender de Lei Federal para ser criado, não teria a menor dúvida de tachar de inconstitucional o artigo 26 do Estatuto da Cidade, por se intrometer na destinação dos bens públicos municipais. Penso caber, porém, o entendimento de que a União pode definir quais são as finalidades que justificam esse tipo de prioridade do Município, diante de negócio entre particulares, uma vez que, como já vimos, só a ela compete criar tal prerrogativa em meio a uma relação civil (compra e venda); aliás, vê-se situação semelhante no instituto da desapropriação, onde a legislação nacional define também as alternativas para utilização dos bens adquiridos. É usual que Planos Diretores repitam tal listagem; alguns até a reduzem, o que certamente é lícito e não viola o preceito nacional;²⁷⁵ aplica-se aqui a regra básica do Direito: quem pode mais, pode menos. O problema estaria apenas em aumentar as hipóteses listadas no Estatuto da Cidade.

Sobre essa característica merece destaque ainda o fato de se estabelecer que a legislação municipal, ao eleger as áreas de incidência da preempção, assinala, desde logo, a(s) finalidade(s) que propicia(m) o recurso ao instrumento naquele espaço.

O prazo de validade da preempção urbanística

O Estatuto da Cidade prevê a vigência da preempção em uma determinada área por, no máximo, cinco anos. Entendeu a legislação nacional pela conveniência de limitar a duração da restrição sobre uma mesma porção do território e – consequentemente – sobre os imóveis ali localizados. Embora não tenha dúvidas de que a preempção cause algum embaraço na livre alienação do bem, no mínimo por atrasar sua consumação, penso que do ponto de vista do interesse público andou mal a norma nacional. Muitos programas e projetos municipais levam anos a fio para consumação, e a condição em exame diminui a margem de atuação do Poder Público local. Além do mais, o dissabor acima apontado não se afigura tão relevante para trazer esse tipo de proteção. Tanto é assim que outros direitos de preferência em nosso ordenamento jurídico não trazem qualquer limitação temporal. Verdadeiramente, não se constatam sérios riscos para a propriedade diante da preempção.

A reincidência dela em uma mesma área somente é admitida após transcurso do intervalo mínimo de um ano; ou seja, após os cinco anos de submissão ao direito de preferência, a venda de imóveis naquela localidade ficará

²⁷⁵ O Plano Diretor de Macapá houve por bem limitar o instituto à regularização fundiária, à execução de programas e projetos de habitação popular; ou à implantação de equipamentos urbanos e comunitários (art. 106 da Lei Complementar Municipal nº 26/04).

livre da preferência urbanística por pelo menos um ano; só depois desse período se repetirá a preempção sobre a região. É isso que se deve extrair da confusa redação da Lei Federal.²⁷⁶ Nota-se que alguns Planos Diretores, na tentativa de traduzir aquele preceito, acabaram alterando seu comando. Em Araguari, por exemplo, previu-se que, após o quinquênio, a preempção poderá ser renovada por mais um ano.²⁷⁷ É exatamente essa continuidade que o Estatuto da Cidade quer evitar.

Tal proteção é francamente inspirada naquela existente para a desapropriação. No Decreto-lei nº 3365/41, prevê-se que o decreto declaratório da utilidade pública de um bem para fins de desapropriação caducará no prazo de cinco anos, se esta não for concluída administrativamente ou se não for intentada a ação judicial necessária para dar prosseguimento ao caso. Ocorrendo a caducidade, apenas depois de um ano o mesmo objeto poderá ser declarado de utilidade pública novamente.²⁷⁸ A preempção, todavia, é bem distinta da desapropriação, pois esta última, sim, praticamente retira o bem de circulação, uma vez que dificilmente alguém irá adquirir algo que está na iminência de ser incorporado ao patrimônio público, havendo até declaração concreta e específica do interesse do Poder Público sobre o imóvel.

Esclareça-se que dentro do prazo de validade da preempção não importa quantas vezes o imóvel seja alienado: será sempre necessário que a cada nova venda o Município seja consultado acerca do interesse em exercer a preferência.²⁷⁹

Além da compra de imóveis, a instituição do direito de preempção tem o condão de servir como meio informativo sobre o mercado imobiliário, bem como presta auxílio no controle tributário, especialmente para o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI); dificilmente um vendedor consignará preço muito baixo para tentar ludibriar a tributação, em face do risco de o Município efetivar a compra naquelas condições forjadas. Reafirme-se, porém, que a concepção do instrumento é voltada para facilitar a aquisição de imóveis em áreas relacionadas ao cumprimento de determinadas missões municipais; para esse desígnio é que se permite a preempção urbanística: tudo mais é desvio de finalidade.

3.5.6 - DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR

Na concepção clássica sobre a propriedade imobiliária, o direito de construir é inerente ao domínio sobre o solo. Essa compreensão é corrente na doutrina, como se vê na afirmação de que “o proprietário tem o direito de levantar em seu terreno as construções que lhe aprezam. É uma verdade tão comezinha

²⁷⁶ Art. 25, § 1º da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁷⁷ Art. 77, § 1º da Lei Complementar Municipal nº 034/04.

²⁷⁸ Art. 10, parágrafo único.

²⁷⁹ É o que dispõe expressamente o artigo 25, § 2º da Lei Federal nº 10.257/01.

que não haveria mister enunciar-se”.²⁸⁰ Em regra, ao proprietário assiste alterar a estrutura física do bem; muitas vezes é exatamente essa faculdade que permite a realização econômica do direito de propriedade, que de outra forma não teria nenhum efeito material.

Como já se afirmou aqui, pelo condicionamento que a sociedade tem em relação ao solo, espaço físico básico para a realização do homem e da própria sociedade, de uma forma ou de outra sempre houve condicionamentos sociais no exercício da propriedade imobiliária. Nisso certamente se inclui o direito de construir. É razoável supor que o direito de propriedade absoluto, ilimitado, em relação aos bens imóveis, nunca passou do discurso à prática efetiva nos locais em que havia Poder Público minimamente constituído. A liberdade na vida social é sempre limitada, afigurando-se insustentável a idéia de que nada pudesse ser exigido do proprietário, nem mesmo certas abstenções. Como não exigir, por exemplo, uma segurança mínima das construções? Sem dúvida, seria um anacronismo falar-se em função social da propriedade em períodos mais remotos da história, mas é de se deduzir que em toda sociedade organizada houvesse pelo menos traços a restringir o aproveitamento dos imóveis, especialmente os urbanos, pelo pragmatismo inerente ao ser humano.

Desde o Brasil Colônia, por exemplo, se tem conhecimento de regras jurídicas relacionadas ao direito de construir, ainda que fossem aquelas mais simples, como o alinhamento das edificações e as restrições de usos incompatíveis (inclusive de ordem simbólica). Com o passar do tempo, diante das novas necessidades, cada vez mais limitações foram apresentadas. De modo a comprovar que isso não desestruturava o direito de propriedade, mesmo nosso Código Civil de 1916, acentuadamente influenciado pelo liberalismo, previa: “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”;²⁸¹ tais regulamentos administrativos eram basicamente compostos pelas normas locais, objetivando condicionar a edificação sobre o solo.

Se pensarmos nos imóveis destinados ao aproveitamento tipicamente rural, o direito de construir não tem amplo destaque, isto é, não costuma ser a questão principal; a atividade exercida, especialmente na produção extensiva, não requer a instalação de muitos prédios. Já em relação à propriedade urbana, trata-se de atributo de extrema importância; em geral, é o traço a partir do qual o bem poderá realmente ser utilizado em proveito do proprietário. A tal ponto vai a associação entre direito de construir e direito de propriedade nos imóveis urbanos, que o impedimento total de edificar sobre um terreno, por determinação de ordem pública, é equiparado à desapropriação, por corroer a essência do direito de propriedade. Nessa hipótese ocorre o que no Direito Administrativo costuma ser

²⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** - Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 151. É importante destacar que o autor a seguir irá comentar que esse direito é no entanto limitado pelos direitos de vizinhança e pelas normas administrativas.

²⁸¹ Art. 572.

chamado de desapropriação indireta, merecendo o proprietário a justa indenização pelo despojamento de seu direito.

Em contrapartida, nas últimas décadas do século XX adquiriu fluência e densidade a afirmação de que a maior capacidade de aproveitamento dos imóveis urbanos é fruto, em última análise, do esforço coletivo. A urbanização da área, com a oferta de serviços e equipamentos públicos, é o fator essencial para garantir a habitabilidade no lote. Tal constatação manifestava a extrema injustiça do quadro no qual o proprietário incorporava ao seu patrimônio as melhorias urbanísticas, por meio da valorização do seu imóvel; é o que se convencionou chamar de *mais-valia urbana*, onde alguns personagens se beneficiam de modo especial do esforço coletivo na formação da urbe. Para agravar a situação, quando se promove a edificação sobre o lote, o conseqüente adensamento da área exige cada vez mais infra-estrutura e serviços públicos; enquanto isso, o proprietário e/ou o empreendedor multiplica seus lucros.

Diante desse contexto é que se introduziu no Brasil a discussão sobre o instrumento inicialmente denominado “solo criado”, que tem como grande marco a Carta de Embu (1976), elaborada, entre outros, por renomados juristas, reunidos para discutir o tema. Não chegou a prosperar, entre nós, a proposta mais radical no sentido de separar o direito de construir do direito de propriedade, na qual aquele primeiro passaria a representar situação autônoma, constituída a partir de concessão do Poder Público. Como analisava um dos principais responsáveis por essa discussão à época,

“(...) tornar o direito de construir autônomo, e não apenas adstrito, no seu exercício, a exigências, ora mais ora menos rigorosas, significa esvaziar o direito de propriedade em termos de valor patrimonial. Um terreno situado em zona urbana, ao qual se não vincula o direito de sobre ele edificar, carece de significação econômica, salvo raras exceções”.²⁸²

É com essa perspectiva que o Estatuto da Cidade trata da outorga onerosa do direito de construir. A inovação trazida com o instrumento em exame não é uma ruptura integral com os cânones do direito de propriedade, na medida em que o proprietário detém ainda a faculdade de edificar sobre o solo; todavia lhe é assegurado apenas o padrão capaz de responder de modo satisfatório à realização econômica desse direito patrimonial, tudo em consonância com o desenvolvimento urbano. A modificação está em que não será considerado direito inerente à propriedade o construir até onde as condições materiais (infra-estrutura, viabilidade ambiental, oferta de serviços etc.) recomendem, conforme os parâmetros máximos admitidos em lei. Como já se fez destacar nos estudos sobre o tema, “o direito de construir para além do coeficiente de aproveitamento básico

²⁸² Refiro-me a Seabra Fagundes, cuja citação é extraída do artigo **Aspectos Jurídicos do Solo Criado**, publicado na Revista de Direito Administrativo (RDA) nº 129/5.

– ou seja, o solo criado – se constitui em ativo patrimonial destacado da propriedade do imóvel correspondente”.²⁸³

Se porventura for admitida, pela legislação, a edificação superior ao patamar básico assegurado ao proprietário, esse potencial construtivo pertence, em última análise, à coletividade. É por isso que o Plano Diretor de Porto Alegre, por exemplo, refere-se aos “estoques construtivos públicos”.²⁸⁴ A aquisição desse direito pelo particular dependerá, portanto, de outorga do Poder Público municipal, mediante contrapartida do interessado.²⁸⁵

No fundo, o preço a ser pago pela multiplicação do solo natural corresponde à mesma lógica por trás da transferência, ao Município, de parte do imóvel parcelado para fins urbanos (concurso voluntário); embora em cada qual se opere cobrança distinta, a premissa comum é a seguinte: quem é responsável pelo adensamento de uma área deve participar mais intensamente do custeio desse processo, especialmente quando obtiver lucro com ele. Como se vê não se trata de nada estranho ao pressuposto da isonomia, pelo contrário, como já afirmou Eros Grau: “atendido o princípio maior da justiça social, estar-se-á impedindo que alguns proprietários se privilegiem em função de causas exógenas à sua ação, em detrimento de outros”.²⁸⁶

Fiel às proposições doutrinárias, o parâmetro urbanístico utilizado para se definir o potencial construtivo básico, inerente à propriedade, foi o coeficiente de aproveitamento do solo. Esse é mesmo o índice referencial para se potencializar ou restringir o adensamento dos lotes, uma vez que representa a relação entre a área útil total que a construção poderá conter e a área natural do terreno. Assim, quanto maior o índice, mais ampla será a capacidade de edificação; por seu turno, diante da majoração do espaço (multiplicação da área habitável, através de solos artificiais), a tendência é sua utilização por um número mais significativo de pessoas.

Na realidade, a instituição da outorga onerosa não precisou aguardar o quarto de século que separa a Carta de Embu e o Estatuto da Cidade. Há, desde a década de 1990, experiências significativas em Municípios brasileiros, a partir das respectivas normas locais.

²⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Outorga Onerosa do Direito de Construir** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁸⁴ Art. 53 da Lei Municipal Complementar nº 434/99

²⁸⁵ Como é muito destacado nos relatos sobre o solo criado, nosso Direito enveredou mais pela solução francesa do que pela italiana, onde a Lei 10/77 chegou a proclamar a separação entre o direito de propriedade e o direito de construir. Faça-se registrar a informação da doutrina italiana no sentido de a Corte Constitucional daquele país ter decidido que o direito de edificar continuava inerente à propriedade, relativizando a aplicação da célebre lei. Sobre o assunto registrem-se os comentários de Márcia Walquíria Batista dos Santos *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 208.

²⁸⁶ *In Direito Urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 74.

Diante dessa iniciativa municipal, pré-Estatuto da Cidade, houve aqui ou ali algumas objeções; destaco as três principais: a flexibilização de índice implicava renúncia ao interesse público (renúncia ao padrão urbanístico desejável); a cobrança de valores representava a criação de espécie de tributo, matéria que seria de competência privativa da União Federal; por fim, a delimitação do direito de construir diria respeito ao Direito Civil, também atribuído privativamente à legislação federal.²⁸⁷ Com o devido respeito aos que argüiam essas questões – e aos que ainda argüem -, nenhuma delas era apta a prosperar.

Não há de se falar em renúncia ao interesse público, uma vez que a outorga não é meio de conferir direito de construir contra os índices urbanisticamente recomendáveis. Esses servirão de limite final e precisam ser observados; por isso mesmo se faz necessária a fixação do coeficiente máximo de aproveitamento, como requer o Estatuto da Cidade, exigindo que, para tanto, seja considerada a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área..²⁸⁸ Não se trata, pois, de mecanismo de uso indiscriminado ou que sirva amplamente para regularização urbanística antecipada, visão corrente em alguns circuitos. A outorga, devidamente aplicada, apenas amplia o direito subjetivo de edificar, mas não em detrimento do interesse público; se essa combinação não for observada, evidentemente seu uso não será acolhido pelo Direito.

Note-se, também o seguinte: diferentemente do que muitos afirmaram - e poucos ainda o fazem – não estamos diante de espécie de tributo.²⁸⁹ Como conceitua o Código Tributário Nacional, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. De pronto fica afastada qualquer relação tributária, pois o proprietário não é obrigado a recorrer à outorga onerosa sequer para fazer valer seu direito de propriedade. Não há imposição unilateral pelo Município a ensejar pagamento pelo particular. Quando este resolve ampliar o potencial construtivo de seu imóvel (ato voluntário, portanto), precisará adquirir direito que, até o momento, não possui. Por parte do Poder Público, não se verifica o exercício de poder de polícia nem a prestação de serviço público: há, sim, um ato que constitui direito patrimonial novo a particular, o qual normalmente será remunerado.²⁹⁰

²⁸⁷ É curioso notar que alguns estudiosos relatam que a outorga onerosa foi recusada em certas ocasiões pelo Poder Judiciário, especialmente com base no argumento de demandar legislação federal. A observação se encontra, por exemplo, no capítulo **Outorga Onerosa do Direito de Construir**, de Floriano de Azevedo Peixoto, (*In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 228). Ocorre que os julgados mencionados não tocam nesse tipo de problema, aliás não tratam propriamente da outorga onerosa.

²⁸⁸ Art. 28, § 3º.

²⁸⁹ Defende a natureza tributária da outorga onerosa o solo criado, por exemplo, Luiz Henrique Antunes Alochio *In Do Solo Criado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹⁰ A inexistência de relação tributária já era destacada por Eros Grau, um dos pioneiros na discussão, *In Direito Urbano*. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 81).

Por último, é certo que o instrumento revela modificação no modo de ver o direito de propriedade, inclusive o direito de construir, mas já se sabe, há muito, que a extensão da propriedade, especialmente no tocante ao seu aproveitamento físico, se define também pelo Direito Público, como é o caso do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental.

Desta feita, quando o Estatuto da Cidade inscreveu no ordenamento nacional a outorga onerosa do direito de construir, em última análise, não disponibilizou nova figura para o Direito Urbanístico; antes disso, procurou estabelecer condições a serem observadas pelo Município que resolvesse implementá-la em seu território.

De forma bem sintética, o instrumento em exame pode ser compreendido como o ato pelo qual se dá a aquisição do direito de construir para além do patamar inicialmente assegurado pela legislação municipal. A par dessa compreensão geral, alguns aspectos merecem destaque, a fim de permitir melhor conhecimento das possibilidades municipais.²⁹¹

O coeficiente de aproveitamento básico como referência para utilização da outorga onerosa

Para estabelecer o direito de construir inerente à propriedade e trabalhar com a capacidade de sua ampliação, recorre-se ao coeficiente de aproveitamento do terreno. Em leitura mais restritiva do Estatuto da Cidade, é ao Plano Diretor que caberá definir esse índice, ao menos quando se fizer a adoção do que, em alguns locais, ainda é chamado de solo criado.²⁹² Mantendo-se a mesma perspectiva, é também naquele diploma legal que figurará o coeficiente de aproveitamento máximo, isto é, o limite último a ser observado na relação entre área edificável e a área do lote.²⁹³ Para frisar que não se trata de negociação contra o adequado desenvolvimento urbano, a lei federal, repita-se, exige que nessa limitação seja observada a “proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento da densidade esperado em cada área”. Não seria necessária sequer essa observação para se entender que o potencial construtivo não é bem capaz de ser oferecido livremente, pois sua utilização encontra condicionantes óbvias.

Um destaque a ser feito é a faculdade de o Município adotar o coeficiente de aproveitamento único para todo o território municipal ou então estabelecer coeficiente variável por área, hipótese reconhecida pela Lei Federal.²⁹⁴ Os pioneiros na defesa do solo criado costumavam advogar que o correto seria a adoção de coeficiente idêntico ao longo de todo o território municipal, em apreço à isonomia, uma vez que os proprietários teriam exatamente o mesmo tratamento. Encontra-se também em autores mais recentes a mesma

²⁹¹ Vale o registro de que a natureza jurídica da outorga é ponto bastante controvertido.

²⁹² Art. 28, § 2º c/c art. 42, II da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁹³ Art. 28, § 3º c/c art. 42, II da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁹⁴ Art. 28, § 2º da Lei Federal nº 10.257/01

conclusão.²⁹⁵ Pensando em todos os aspectos envolvidos na decisão, essa realmente não parece ser a melhor opção.

Com efeito, haveria inversão temerária de valores e de método: em vez de se definir o coeficiente de aproveitamento em face da vocação de cada área, do papel do imóvel para o desenvolvimento urbano, partiria o planejador da premissa de uma imagem ideal: o tratamento idêntico a todos os proprietários. É, mais uma vez, partir de teoria formulada abstratamente, dissociada de maior reflexão prática; a realidade que se conforme a um suposto nirvana jurídico.

Permito-me discordar desde o ponto de partida desse raciocínio, qual seja, o de que todos os proprietários devem possuir extensão material idêntica em relação a suas prerrogativas básicas, garantindo-se um “mínimo denominador comum”. Existe até quem advogue que o melhor seria a definição desse índice urbanístico em caráter nacional, para todos os Municípios. Venhamos e convenhamos, não é razoável sequer imaginar a adoção do coeficiente de aproveitamento único para os imóveis de uma mesma cidade, insensível ao fato da localização dele se dar em área de ocupação prioritária ou em área ambientalmente frágil, de ocupação restrita. Que dizer da uniformização cortar cidades com topografia, clima e condições socioeconômicas tão diferentes? Uma coisa é o centro de São Paulo, outra uma área ambientalmente frágil na periferia de Belém. Como supor que todos os proprietários tenham o mesmo coeficiente de aproveitamento básico nessas condições?²⁹⁶

Antes de tudo fique claro: a isonomia, em nosso Direito, se incorpora conforme a clássica definição de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida da desigualdade. O tratamento da questão urbana é por demais complexo, a tal ponto que nossa Carta Constitucional atribui ao Plano Diretor – e na verdade à legislação urbanística local -, definir a função social da propriedade urbana. Em razão do interesse público, ou mais especificamente, de acordo com a função social é que a extensão do direito de propriedade deve ser definido. Por isso, o Direito Urbanístico sempre esteve a excepcionar a vocação do direito moderno, no sentido de estabelecer normas as mais gerais e abstratas possíveis. O que é o zoneamento, se não a expressão dessa necessidade de particularização? Por isso mesmo, é freqüente o estabelecimento de números distintos quanto ao parâmetro em tela, cada qual atribuído a uma das zonas em que o território municipal se divide, levando-se em conta papel dela para o desenvolvimento urbano.²⁹⁷

²⁹⁵ Ver, por exemplo, o capítulo escrito por Floriano de Azevedo Marques Neto. **Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)** In **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238 - 239.

²⁹⁶ Evangelina Pinho e Fernando Guilherme Bruno Filho, nos comentários feitos sobre a outorga onerosa, admitem e até recomendam a adoção de coeficientes distintos pelas áreas, na seção IX do livro **Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 209.

²⁹⁷ Entre muitos outros, é o caso do Plano Diretor de Umuarama, como se vê em seu anexo I (Lei Municipal 124/04).

Assim, a única garantia comum que se pode dar aos proprietários é que seu direito lhes ofereça capacidade mínima de aproveitar o bem segundo seu próprio interesse, desde que adequado às contingências sociais. Se o coeficiente básico de aproveitamento (ou qualquer outro índice), em nome da razoabilidade e do interesse público, desertificar o proveito do imóvel em favor do proprietário, convertendo a propriedade privada em um espectro, a esse desmanche corresponderá a devida indenização, ocorrendo a desapropriação indireta.

A definição das áreas de incidência

Mantendo-se a linha de interpretação mais prudente sobre o Estatuto da Cidade, outra definição é atribuída ao Plano Diretor sobre a outorga onerosa, qual seja: a identificação da área de incidência.²⁹⁸ A aplicabilidade do instrumento em exame dependerá, portanto, da respectiva demarcação territorial na lei básica do desenvolvimento urbano. Na realidade, se é ali que se determinará o coeficiente de aproveitamento básico e máximo, acabará tal decisão por fixar direta ou indiretamente os locais onde a outorga se aplica.²⁹⁹ Lembremo-nos, porém, do contexto adotado neste livro: tudo isso será necessário, se o Município quiser exercer a faculdade de instituir o instrumento em exame. Vale o registro quanto à existência de Planos Diretores que procuram admitir, para outras leis municipais, a capacidade de eleger novas localidades. Manifesta-se aqui certo risco desse disciplinamento, pois o texto do Estatuto da Cidade indica a reserva do assunto ao Plano Diretor.³⁰⁰

Como já ficou consignado, a escolha das áreas de outorga onerosa não é totalmente livre ao planejador urbano, que precisa se pautar pela capacidade de cada local, combinando a oferta de infra-estrutura e o adensamento desejável. É evidente que esse segundo fator pressupõe decisão sobre a política de desenvolvimento urbano; desse modo, o Município pode até deixar de instituir a outorga onerosa em área onde se almeje o adensamento intenso e rápido, fixando-se, desde logo, o coeficiente de aproveitamento na capacidade máxima que a infra-estrutura permite; não se descarta também a adoção de coeficiente básico relativamente alto, de modo a aplicar em menor escala a outorga onerosa, situação que possivelmente diminuirá o custo das edificações. Em verdade, cabe imaginar uma série de variáveis quanto ao tratamento de cada área. A utilização criteriosa desse instrumento, inclusive quanto aos casos de isenção ou de valor

²⁹⁸ Art. 28 c/c art. 42, II da Lei Federal nº 10.257/01.

²⁹⁹ O Plano Diretor de Santo André mesmo, em vez de denominar as áreas sujeitas a outorga ou identificá-las em mapa específico, simplesmente define que as áreas passíveis de Outorga Onerosa são aquelas onde o Direito de Construir poderá ser exercido acima do permitido pela aplicação do Coeficiente de Aproveitamento Básico até o limite estabelecido pelo uso do Coeficiente de Aproveitamento Máximo, conforme quadro de índices anexo ao texto da lei (art. 121).

³⁰⁰ Em contrário parece ser a sustentação de Evangelina Pinho e Fernando Guilherme Bruno Filho, na seção IX do livro **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Mandamentos, 2002, p. 207.

diferenciado para cálculo da cobrança, apresenta potencial formidável para orientar o mercado imobiliário.

Observe-se também que, dentro da área de incidência genericamente definida, o Município pode estabelecer outras condições a serem preenchidas pelo imóvel ou pelo proprietário, de modo a adequar o adensamento à efetiva existência de infra-estrutura. Como se sabe, mesmo em áreas bem-servidas, não é raro encontrar terrenos destituídos de serviços básicos. Mais uma vez a generalização é arriscada. Por isso, no Município de Campina Grande do Sul, por exemplo, a aplicação da outorga onerosa será admitida apenas se a edificação for servida por rede coletiva de abastecimento de água e apresentar condições satisfatórias de esgotamento sanitário.³⁰¹

Já o Plano Diretor de Porto Alegre admite, em linhas gerais, a aplicação do instrumento a toda a parcela do território vocacionada à urbanização (Área de Ocupação Intensiva). No entanto, além dos índices máximos que cada imóvel pode atingir, a utilização do solo criado associa-se com intrincado sistema onde se quantifica o adensamento desejável/possível das várias localidades que compõem o território. Com isso há uma mensuração do total de solo criado disponível para cada setor em que se divide a área urbana, como se fosse um estoque de potencial construtivo regionalizado; ele também serve de limite, só que global: uma vez atingido, impedirá novas outorgas. É importante registrar que essa sistematização, além de sujeitar-se a revisões, apresenta flexibilidades, de modo a conferir à gestão urbana alguma margem de manobra.³⁰² A idéia é seguida em Chapecó, cujo Plano Diretor é ainda mais claro quanto ao controle constante do adensamento a ser promovido.³⁰³

A onerosidade como condição para aquisição do direito de construir

Como fica exposto na redação do Estatuto da Cidade, a aquisição do direito de construir acima do patamar assegurado ao proprietário dependerá, em regra, de contrapartida prestada pelo interessado. Nem poderia ser diferente. Em se tratando de bem economicamente apreciável (capacidade de edificação), descabe ao administrador público dispor com liberalidade, como ocorreria na transferência gratuita do direito para benefício exclusivo de um particular.

O Estatuto da Cidade atribui à lei municipal específica a tarefa de estabelecer as condições necessárias para obtenção da outorga, determinando: a contrapartida pelo beneficiário, a fórmula de cálculo para cobrança e os casos

³⁰¹ Art. 100 da Lei Municipal nº 49/04

³⁰² Arts. 53, 68, 110 e 111 da Lei Complementar Municipal nº 434/99

³⁰³ Arts. 146 a 150 da Lei Complementar nº 202/04.

passíveis de isenção (art. 30). Não é raro que os Planos Diretores diretamente resolvam essas questões ou parte delas.³⁰⁴

Não vejo como impor objeções a essa antecipação do assunto no Plano Diretor. A letra do dispositivo legal, ao lançar tais assuntos para lei municipal específica, não parece assegurar nenhum interesse nacional. Que tipo de benefício ao planejamento ou à proteção ao direito de propriedade esse cuidado traria? Há prejuízo para a nação se esse assunto for tratado no Plano Diretor? Sem conseguir se responder afirmativamente a essas questões, conclui-se que a norma nacional, considerada ao pé da letra, viola a autonomia municipal e, por conseguinte, é inconstitucional.

Na conformação da cobrança da outorga do direito de construir reaparece a elevada capacidade de esse instrumento ser utilizado não só para impedir a mais-valia urbana, mas também para induzir o setor privado na produção da cidade. Não se encontram impedimentos para que o cálculo seja diferenciado pelo tipo de uso a que se destina a construção. De igual sorte, esse mesmo fator será capaz de propiciar a isenção da cobrança em favor de determinada construção, quando se verificar que o retorno ocorre através de “contrapartida social”. Alguns Planos Diretores, por exemplo, já sinalizam a isenção para construções realizadas em área de especial interesse social ou voltadas à habitação popular.³⁰⁵

Quanto à receita gerada, convém destacar que o Estatuto da Cidade vincula a aplicação dela às mesmas finalidades previstas para o direito de preempção.³⁰⁶ Nada impede que o Município, dentro daquele universo, restrinja ainda mais a destinação dos recursos, como ocorre em Macapá, onde o destino da receita será o Fundo de Habitação Social.³⁰⁷

Nunca é demais reforçar o coro a alertar sobre o risco de a outorga onerosa converter-se em instrumento eminentemente arrecadatório. Decerto que a receita gerada pode ser importante para viabilizar ações planejadas pelo Município, para o bem da população, mas o uso desmesurado do instrumento seria o mesmo que dar com uma mão para tirar com a outra. Não se deve nunca perder de vista o impacto urbanístico que o adensamento decorrente da outorga é capaz de provocar. É recomendável, por isso mesmo, ao Plano Diretor conceber anteparos contra tamanho risco. Isso pode ocorrer com a fixação de estoque limitado para cada localidade, situação prevista não só em Porto Alegre e Chapecó, mas também em São Paulo. Vislumbra-se, ainda, a conveniência de serem adotados indicadores de qualidade, capazes de revelar a capacidade de absorção do aumento do potencial construtivo e o momento de saturação de uma

³⁰⁴ O Plano Diretor de Santo André, por exemplo, estabelece a fórmula para definição do valor. (art. 122)

³⁰⁵ Ver Plano Diretor de Macapá (art. 111, § 1º) e o de Santo André (art. 123)

³⁰⁶ Art. 31 da Lei Federal nº 10.257/01.

³⁰⁷ Art. 112 da Lei Complementar Municipal nº 26/04.

área. Em todo caso, cumpre contar com mecanismo de acompanhamento institucional sobre as mudanças das áreas submetidas ao solo criado, com participação de representantes da sociedade civil.

3.5.7 - DA OUTORGA ONEROSA DE USO

A redação do artigo 29 do Estatuto da Cidade não é das mais claras, mas, à luz de nosso Direito Urbanístico, o que se conclui é que, em determinadas áreas, indicadas pelo Plano Diretor, será lícito à gestão urbana aprovar o uso em desconformidade com as regras gerais estabelecidas na legislação municipal (normalmente na lei que estabelece o zoneamento). A exceção logicamente só será cabível nos termos em que as próprias normas locais admitirem a hipótese.

Na realidade, alguns Municípios já recorriam à faculdade idêntica ou assemelhada, cientes do risco de vedar, em caráter absoluto, esse ou aquele uso, a partir da concepção abstrata do planejador; dele, como de qualquer ser humano, não convém esperar antevisão completa de todas as nuances que a realidade prática é capaz de oferecer.

A bem da verdade, o zoneamento de uso trabalha com grandes presunções, lastreadas no conhecimento científico e empírico, mas as inovações tecnológicas e mesmo a rara conjunção de condições especiais podem relativizar a incompatibilidade genericamente imaginada. Pela improbabilidade de se antecipar as tantas combinações possíveis, inclusive as novidades técnicas, uma opção adotada era mesmo permitir aos gestores, aqui ou ali, excepcionar a regra geral, conforme as particularidades do caso concreto. Tratava-se de nítido deslocamento do processo de decisão, no qual o planejador não preestabelecia de modo taxativo os usos possíveis em cada zona. Remanescia então uma brecha para os órgãos de gestão, de modo a apreciarem a realidade dos fatos, com todos os seus elementos e circunstâncias. É nessa linha que labora a outorga onerosa de uso.

Como toda e qualquer flexibilidade dada ao administrador público, pesa a apreensão quanto ao mau uso; a discricionariedade sempre traz consigo os receios de favorecimento pessoal e corrupção, sem contar que, no caso em exame, o potencial para gerar receitas públicas fomenta risco do uso desmedido do instrumento, mais de olho nas contas públicas do que no desejado desenvolvimento urbano. Cumpre à legislação ser inteligente para diminuir a chance de desvios, mas é provável que ela nunca deixe de existir. Por isso, revela-se fundamental aguçar e aprimorar os mecanismos institucionais de fiscalização, com a devida vigília por parte da população.

Em prol desse controle especial há de se fazer valer a diretriz prevista no Estatuto da Cidade, segundo a qual deve ser realizada “audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o

meio ambiente natural e o construído, o conforto ou a segurança da população”.

308

Ora, se a legislação de um modo geral proíbe atividade em determinada zona, há de se presumir que sua concretização ali seja potencialmente nociva ou, na melhor das hipóteses, inconveniente, ao menos em condições normais; por isso, o pedido de uso excepcional submeter-se-á a licenciamento dotado de participação popular, permitindo que qualquer interessado tome conhecimento mais imediato sobre os efeitos da atividade, bem como formule os questionamentos necessários e, ainda, exprima suas convicções. Sem dúvida, será de bom alvitre que o Plano Diretor, se contemplar a outorga onerosa de uso, reafirme tal condicionamento, para que não passe despercebida a exigência. Entretanto, mesmo em caso de omissão, a legislação nacional não enseja dúvidas quanto ao requisito. Conforme o caso, cumprirá ainda apoiar-se a decisão administrativa até mesmo em Estudo de Impacto de Vizinhança.

Pelo Estatuto da Cidade, verifica-se de novo que a contrapartida a ser prestada pelo beneficiário, a fórmula de cálculo para a cobrança e as hipóteses de isenção ficariam a cargo de lei municipal específica. Remeto, portanto, esses aspectos às considerações lançadas à outorga onerosa do direito de construir.

3.5.8 - DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

A transferência do direito de construir pressupõe a renúncia ou o impedimento do proprietário para consumir o potencial construtivo previsto para seu imóvel, de acordo com as condições normais. Desde que a situação decorra de especial interesse urbanístico, nos termos da legislação municipal, haverá a possibilidade de deslocar-se o potencial construtivo irrealizado para outro lote, ampliando-se a capacidade de edificação inicialmente prevista. A aplicação do instrumento em tela pressupõe também a existência de coeficientes de aproveitamento “básico” e “máximo”, tal qual ocorre com a outorga onerosa. É nessa capacidade de expansão que a transferência pode se operar. Por isso mesmo, os locais aptos a receber o acréscimo serão determinados em razão da infra-estrutura disponível no local de transferência e da densidade populacional desejada.

Na perspectiva da justa distribuição dos ônus e vantagens do processo de urbanização, um fato é certo: o proprietário, ao suportar encargo especial em favor da coletividade, deve ser, de algum modo, compensado.

A supremacia do interesse público não se descuida da isonomia. É preciso distinguir, ainda que brevemente, duas situações.

³⁰⁸ Art. 2º, XIV da Lei Federal nº 10.257/01

Uma coisa é o estabelecimento dos índices urbanísticos em determinada localidade e suas revisões, que podem realmente diminuir o potencial construtivo; isso representa limitação genérica e abstrata, onde a supremacia do interesse público se exerce sem escolher um caso concreto: todos os fatos supervenientes devem seguir os novos padrões legais; no fundo, o que ocorre aqui é o redefinir da extensão do direito de propriedade. É a lei, compreendida como expressão da vontade popular, que modela a liberdade e define os direitos individuais.

Coisa bem diversa é estabelecer, em imóvel particular, um ônus especial, por decisão administrativa, a impedir, parcial ou integralmente, o exercício do direito de construir assegurado em normas legais abstratas; percebe-se então o seguinte: todos os que não contam com essa interferência poderão consumir seu potencial construtivo, enquanto um determinado proprietário fica em situação inferiorizada; não é de se esperar que ele permaneça com prejuízo econômico especial, em prol da coletividade. A transferência do direito de construir entra exatamente nesse segundo contexto – e só nele: o Município poderá compensar o proprietário, sem ter que recorrer ao pagamento em moeda corrente.

A translação, fique claro, deve ter por pressuposto a presença simultânea de duas situações: a impossibilidade de o proprietário exercer, em sua plenitude, o direito de construir que a lei assegura e a perda econômica imediatamente decorrente de tal impossibilidade.

Em síntese, como já se firmou bem na doutrina, a transferência do direito de construir

“(...) é o instrumento jurídico de natureza urbanística, destinado a compensar o proprietário de imóvel afetado ao cumprimento de uma função de interesse público ou social, dele desincorporando o direito de construir, segundo o coeficiente de aproveitamento previsto no plano diretor, para ser exercido em outro local ou alienado a terceiros”.³⁰⁹

É forçoso reconhecer que ao Poder Público municipal não será dado impor a transferência como solução. O proprietário deverá concordar com ela, pois das duas, uma: ou estaremos diante de permuta, negócio jurídico bilateral, a demandar o encontro de vontades, ou será mesmo uma indenização, posterior ao fato que atinge a propriedade, situação para a qual o Direito brasileiro assegura o pagamento em moeda corrente.

Ao aceitar a transferência do direito de construir, o proprietário do imóvel cedente não é obrigado a indicar de imediato o imóvel receptor, a não ser que a lei municipal o exija; poderá simplesmente aceitar o direito de construir acima do

³⁰⁹ MONTEIRO, Yara Darcy Police e SILVEIRA, Egle Monteiro da. **Transferência do Direito de Construir** In **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 284.

coeficiente básico, o qual permanecerá com ele até que escolha o local adequado para utilizá-lo, assistindo-lhe a alternativa de repassá-lo a terceiros.

As hipóteses capazes de ensejar a transferência do direito de construir

Pelo Estatuto da Cidade, seriam quatro as situações a propiciar a transposição aqui examinada, são elas:

- implantação de equipamentos urbanos e comunitários;
- preservação do patrimônio histórico, cultural, ambiental, paisagístico ou social;
- regularização fundiária e/ou urbanização em áreas ocupadas por população de baixa renda;
- programas relacionados à habitação de interesse social.

Conquanto o texto legal soe taxativo, não há porque se definir nacionalmente as finalidades mais específicas da transferência do direito de construir. Seria até razoável que essa prática ficasse condicionada a atender mais diretamente à política urbana. O livre uso do instrumento para acolher todo tipo de necessidade municipal, como por exemplo, a instalação de prédios institucionais, é capaz de ensejar preocupações especiais quanto ao uso desmesurado; isso poderia justificar delimitação nacional, sim. Mas no detalhamento feito pelo Estatuto da Cidade a restrição peca pelo excesso.

Ora, se é certo caber ao Município a definição dos limites e dos locais para expansão do coeficiente básico de aproveitamento, quando isso for razoável pela infra-estrutura disponível e pela densidade populacional desejada, por que a transferência do potencial construtivo não poderia operar em favor de outros benefícios urbanísticos, como o ordenamento e direcionamento da expansão urbana? Ou, para ser mais específico, por que lhe retirar a capacidade para laborar em prol da abertura de vias públicas, por exemplo? É no mínimo incoerente que a outorga onerosa possa ser utilizada para esse fim, como prevê a Lei Federal, e isso não ocorra na transferência do direito de construir, uma vez que ambos trazem para o desenvolvimento urbano o mesmo efeito prático. No mínimo, por uma questão de coerência, a transferência do direito de construir revela-se admissível quando o imóvel cedente servir para as finalidades previstas no artigo 26 do Estatuto da Cidade, salvo se a legislação municipal preferir limitá-la a situações mais pontuais.

A definição das áreas de incidência

É de se esperar que o Município eleja as mesmas áreas onde se opera a outorga onerosa para servirem como receptoras do potencial construtivo

transferido, se lhe aprouver utilizar os dois instrumentos. Em tese, nada impede que o universo seja um pouco maior ou menor para fins da transferência do direito de construir, de acordo com o interesse em aumentar ou diminuir sua margem de utilização. Em todo caso, embora o Estatuto seja omissivo, o Plano Diretor também precisa indicar as áreas de recebimento do potencial construtivo, até mesmo pela profunda semelhança que há com a outorga onerosa. Novamente aqui algumas condições especiais ainda podem ser lançadas ao imóvel receptor.

O Plano Diretor de Macapá, por exemplo, prevê que na transferência do direito de construir, além das normas de uso e ocupação do solo, deverão ser observadas as seguintes condições:

- previsão de coeficiente de aproveitamento máximo para o lote receptor – superior, portanto, ao coeficiente básico assegurado ;
- abastecimento de água por rede coletiva e condições satisfatórias de esgotamento sanitário nos imóveis receptores do potencial construtivo;
- concentração de área construída adequada à capacidade de infra-estrutura local, inclusive quanto ao sistema viário e aos impactos negativos no meio ambiente e na qualidade de vida da população local;³¹⁰

O Plano Diretor de Chapecó dispõe que são passíveis de receber o potencial construtivo transferido, os lotes em que o respectivo coeficiente básico de aproveitamento possa ser ultrapassado, excluídas as áreas de operações urbanas consorciadas. Em vez de já identificar a incidência geográfica, até mesmo associando-a com a da outorga onerosa, dispõe-se que lei específica estabelecerá as áreas aptas a receber a transferência do potencial construtivo.

Já o Plano Diretor de São Paulo restringe bastante a possibilidade de aplicação do instrumento, inclusive se comparado com a área de incidência da outorga onerosa. Isto porque define como aptos a receber o potencial construtivo transferido de outros imóveis, os lotes em que o coeficiente básico pode ser ultrapassado, desde que situados: nas Áreas dos Projetos Estratégicos dentro das faixas de até 300 (trezentos) metros ao longo dos eixos de transporte público de massa; ou então na área definida por circunferências com raio de até 600 (seiscentos) metros, tendo como centro as estações de transporte metroviário ou ferroviário, excluídas as áreas de Operações Urbanas Consorciadas.

Ressaltando que a utilização da transferência do direito de construir depende da concordância do proprietário, cumpre advertir que quanto mais restrita for sua aplicação, mais diminutas são as chances de ser levada a termo.

³¹⁰ Art. 117 da Lei Complementar Municipal nº 26/04.

A conversão do potencial construtivo

A transferência apresenta decerto alguma complexidade. Isto ocorre porque há dois ou mais imóveis envolvidos: pelo menos um que transfere (cedente) e outro que recebe o potencial construtivo (receptor). As diferenças entre eles devem ser computadas para que a translação se opere do modo mais justo possível, sem perder de vista o interesse urbanístico. Alguns Planos Diretores procuram definir diretamente os critérios para aproveitamento do potencial construtivo, enquanto outros deixam a questão para lei específica, tocando, quando muito, em alguns aspectos gerais.

Pelo Estatuto da Cidade já resta claro que ao proprietário do imóvel cedente será dado certificado de potencial construtivo, registrando o direito de construir não exercido no imóvel cedente. Uma primeira questão está em como mensurá-lo.

O Plano Diretor de Macapá prevê que o certificado a ser emitido informe:

- área remanescente do potencial construtivo do terreno que deixará de ser exercido no local, em caso de não haver a transferência de propriedade ao Município;
- área total do potencial construtivo do terreno, em caso de haver a transferência de propriedade ao Município;
- valor venal do potencial construtivo indicado.³¹¹

O cálculo da área do potencial construtivo será feito utilizando-se apenas o coeficiente de aproveitamento básico do terreno. Enquanto isso, o respectivo valor venal, a ser corrigido nos termos da legislação municipal, será apurado com base na planta de valores utilizada para fins de IPTU.

A especificação de tais informações no certificado é interessante para conferir maior autonomia ao documento, facilitando sua transferência entre particulares.

O ponto crucial, porém, está em definir a fórmula de cálculo da transferência, isto é: como o potencial construtivo irrealizado em um imóvel será aplicável em outro, que possui condições distintas? À primeira vista há uma bifurcação entre os caminhos a seguir: por uma via, caberia examinar a questão de acordo com a área do potencial construtivo; por outra, o foco residiria no valor econômico do potencial construtivo transferido. Na verdade, o ideal é não perder de vista nenhum dos dois fatores.

O Plano Diretor de São Paulo estabelece fórmula a conjugar o valor do metro quadrado e o coeficiente básico de aproveitamento dos imóveis

³¹¹ Art. 118 da Lei Municipal Complementar nº 026/04.

envolvidos.³¹² Em outro artigo aquela Lei procura excetuar certos casos, por exemplo, ao afirmar que os imóveis enquadrados na zona de especial interesse cultural, poderão transferir a diferença entre o Potencial Construtivo Utilizado e o Potencial Construtivo Máximo ou ainda que os imóveis doados ao Município para fins de habitação de interesse social, localizados nas ZEIS, poderão transferir o correspondente ao valor do imóvel.³¹³ Objetivando controlar o adensamento, define que o potencial construtivo máximo a ser transmutado limita-se a 50% (cinquenta por cento) do potencial construtivo básico do imóvel receptor, salvo para as transferências originadas na Operação Urbana Centro.³¹⁴

Já o Plano Diretor de Campina Grande do Sul contempla duas soluções, a saber: caso o valor do metro quadrado do terreno cedente seja superior ao valor do metro quadrado do imóvel receptor, o potencial construtivo será transferido no limite da área identificada no certificado, o que também tem a ver com a preocupação de controlar o adensamento; caso o valor do metro quadrado do terreno cedente seja inferior ao valor do metro quadrado do imóvel receptor, o potencial construtivo será transferido no limite de seu valor venal.³¹⁵

Em Chapecó, não se contemplou no Plano Diretor o cálculo para materialização da transferência do direito de construir. Ainda assim, restou consignada a regra geral de que os imóveis poderão transferir apenas a diferença entre o total do direito de construir expresso pelo índice de aproveitamento básico e o direito de construir efetivamente utilizado no terreno cedente.³¹⁶ Como exceções se anotam os seguintes casos:

- os imóveis doados ao Município para fins de habitação de interesse social, localizados nas Áreas Especiais de Interesse Social -AEIS, poderão transferir o equivalente ao valor do imóvel, convertido em potencial construtivo a ser transferido;
- os imóveis, lotes ou glebas localizados em Áreas Especiais de Interesse Ambiental - AEIA, poderão transferir de forma gradativa o direito de construir virtual básico, de acordo com critérios, prazos e condições definidas em lei.
- nas edificações consideradas de interesse público para preservação do

³¹² De acordo com o art. 218, a área construída a ser transferida ao imóvel receptor será calculada segundo a equação a seguir: $ACr = vtc \div CAc \times CAr \div vtr \times ATc$, onde: ACr = Área construída a ser recebida; vtc = Valor do m² do terreno cedente determinado na Planta geral de Valores (PGV); ATc = Área do terreno cedente; vtr = Valor do m² do terreno receptor determinado na PGV; CAc = Coeficiente de Aproveitamento do terreno cedente e CAr = Coeficiente de Aproveitamento do terreno receptor.

³¹³ Art. 219 da Lei Municipal nº 13.430/02

³¹⁴ Art. 220, § 2º da Lei Municipal nº 13.430/02.

³¹⁵ Art. 110 da Lei Municipal nº 049/04. Para a segunda hipótese, elaborou-se a fórmula: $ATIR \times VVIR < ou = ATIC \times VVIC$, onde: ATIR = área transferida ao imóvel receptor; VVIR = valor do metro quadrado do terreno receptor segundo a planta de valores utilizada para fins da cobrança do IPTU; ATIC = área transferida do imóvel cedente; VVIC = valor do metro quadrado do terreno cedente segundo a planta de valor utilizada para fins da cobrança do IPTU.

³¹⁶ Art. 158 da Lei Complementar Municipal nº 202/04.

patrimônio histórico e cultural, poderá ser transferida a totalidade do potencial construtivo básico.

No mais, o Plano Diretor de Chapecó genericamente condiciona o uso do instrumento não só ao coeficiente de aproveitamento máximo do lote para a unidade territorial em que o mesmo está inserido, o que é óbvio, mas também ao respeito aos estoques de direito de construir adicional estabelecido para a respectiva macroárea ou unidade territorial.³¹⁷ Além disso, preconiza que as transferências de potencial construtivo de área maior que 2.000,00m² serão submetidas à apreciação do Conselho Municipal, excetuando-se os casos de operações urbanas consorciadas.³¹⁸

Outra preocupação relativamente frequente nos Planos Diretores é quanto à alienação do potencial construtivo entre particulares, situação merecedora de especial atenção municipal, para minimizar as fraudes. Campina Grande do Sul, por exemplo, exige prévia notificação das autoridades municipais, a fim de que a negociação seja válida para fins urbanísticos.³¹⁹

Por fim, vale o registro da importância de o Município cercar-se de garantias para impedir que o imóvel cedente deixe de atender, no futuro, o interesse público que justificou a transferência, no caso de permanecer sob domínio de particular. Para isso é adequado instituir a plena sujeição do uso do terreno, como ocorre através do tombamento, da instituição de unidade de conservação, ou ainda de registro no RGI quanto a direito real de uso em favor dos ocupantes de baixa renda. Como sabemos das dificuldades de fiscalização, o melhor mesmo será condicionar, ao menos na prática, a transferência do potencial construtivo à incorporação do imóvel cedente, em definitivo, ao patrimônio público.

3.5.9 – DA OPERAÇÃO URBANA COSORCIADA

De acordo com o Estatuto da Cidade, operação urbana consorciada representa “o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.³²⁰

Na prática, a operação urbana consorciada costuma ser proposta para fins de revitalização de espaços urbanos deteriorados/esvaziados ou para criação de novas áreas urbanas (urbanização). O Poder Público local e a iniciativa privada

³¹⁷ Art. 159 e §§ da Lei Complementar Municipal nº 202/04.

³¹⁸ Art. 158, § 2º da Lei Complementar Municipal nº 202/04.

³¹⁹ Art. 111, parágrafo único da Lei Municipal nº 49/04.

³²⁰ Art. 32, § 1º da Lei Federal nº 10.257/01.

reunirão esforços com o intuito de promover, entre outras melhorias, a valorização ambiental e benefícios sociais.

Dos instrumentos previstos na Lei de diretrizes do desenvolvimento urbano, esse talvez seja o objeto de maiores estudos, inclusive no exterior, mesmo porque permite discussões teóricas profundas e em várias frentes. Sua ocorrência possui cores vivas de pós-modernidade, e ao mesmo tempo em que valoriza o caso particular (uma área delimitada), o projeto por si mesmo, costuma antepor o novo e o tradicional, e, sob outro prisma, não raro em nossos tempos, injeta no território local os interesses globais. Faça-se consignar que a adoção dessa engrenagem, entre nós, não dispensa o planejamento: o dispositivo nacional que contempla a operação urbana consorciada deixa clara sua vinculação ao Plano Diretor.

Em verdade, o instrumento aqui analisado deve ser compreendido ainda como uma excepcionalidade. Sua razão de ser encontra-se explicada na afirmação de que

“Os **Planos Urbanísticos Gerais** de uma cidade, especialmente quando grande, **servem para regular o previsível**, isto é, as atuações que têm caráter repetitivo e normal; **mas não servem para controlar as atuações singulares** que, pela dimensão e aparecimento mais ou menos ocasional e inopinado, pelas exigências de programação - funcional e de construção -, bem como pela importância estratégica e a urgência com que se apresentam, necessitam de um esforço e procedimento particularizados caso a caso” (grifei).³²¹

Todavia, o que mais vem chamando a atenção, no cenário internacional e no Brasil, não é a reflexão eminentemente teórica: é, antes, o fato de costumeiramente a operação urbana consorciada ser utilizada de modo a centrar os investimentos públicos em prol das camadas mais favorecidas da população, não só perpetuando, mas também atualizando a lógica de segregação e de concentração de renda. As vozes que guiaram Hausmann e Pereira Passos, entre tantos outros, ainda ecoam no planejamento e gestão de nossas cidades.

No início da década de 1960, Jane Jacob já chamava a atenção para projetos de recuperação de áreas degradadas, eleitas por meio de uma lógica oficial excessivamente tecnocrática. Para piorar o quadro, exigia-se a “renovação urbana drástica”, (re)criando-se normalmente área praticamente uniforme, por isso mesmo propícia à homogeneidade social e também de atividades (estratificação); a par das formulações técnicas, tais realizações estariam conjugadas aos interesses do capital especulativo, do qual dependiam as grandes cidades norte-americanas, diante das limitações do sistema de crédito mais sólido para o setor

³²¹ FERRÁN, Carlos. **O Efeito Territorial dos ‘Grandes Projetos Urbanos’** *In Cidades em Transformação: Entre o Plano e o Mercado*. Rio de Janeiro: Observatório Imobiliário e de Políticas do Solo, 2001, p. 120 - 121, (grifo do autor).

imobiliário ou mesmo da insuficiência dos recursos públicos disponíveis. Ditas intervenções atentavam contra qualquer tipo de diversidade, fossem destinadas aos segmentos sociais mais altos ou aos mais baixos: na melhor das hipóteses, eram tolerantes com a lógica da segregação.³²²

Manuel Castells, no início da década de 1970, dedicou aos discurso e prática de renovação urbana várias páginas em sua clássica obra, destacando que nos Estados Unidos e na França, países estudados por ele, a intenção principal foi atender aos reclamos do grande capital e, na medida do possível, aproveitar tais episódios para profundas manobras políticas; de um modo geral, “os empreendedores só constroem, e assim mesmo nem sempre, aquilo que são obrigados por uma agenda de encargos muito liberal”.³²³ Na análise do sociólogo, os locais escolhidos para a intervenção urbana atendiam muitas vezes a um viés político de dispersão das classes perigosas. Nos EUA, por exemplo, estas ações foram utilizadas para eliminar os pardieiros e dar aos terrenos usos mais rentáveis, mas também para deslocar os negros pobres das comunidades onde jazia uma subcultura questionadora dos valores da sociedade norte-americana oficial; a tal ponto foi esse processo que, na época mesmo, se cunhou o crítico slogan “negro removal”.

Na leitura do caso parisiense não se presenciava o aspecto marcadamente racial, mas também era “a mudança de ocupação social, mais do que o mau estado da habitação, que parece estar na base das operações de renovação”;³²⁴ “a tendência é a evicção da maioria dos antigos residentes e da ocupação do novo espaço por categorias sociais de status superior”.³²⁵ É a “reconquista de Paris”, pela classe mais alta, desenvolvendo e acentuando a segregação, em prol do novo papel desenhado para a capital francesa na segunda metade do século XX: a instalação do setor de serviços mais sofisticados e de grandes escritórios de empresas e profissionais liberais (terciário superior). Por tabela, essa retomada promove a dispersão da população mais pobre pelos subúrbios, o que serviria também para afastar o fantasma das comunas parisienses, ressurgido nos finais dos anos 60, com os movimentos de contestação, os quais, entre outras coisas, pregavam que o poder estava na rua.³²⁶

Hoje, o curso da globalização tende a aumentar a preocupação quanto ao uso das operações urbanas consorciadas. Ao prevalecer a idéia de que as cidades precisam se modernizar para atrair os grandes capitais, já se anuncia

³²² Há inúmeras observações nessa linha na obra **Morte e Vida das Grandes Cidades**, edição citada, p. 235 – 239, p. 301 – 323.

³²³ *In A Questão Urbana*, edição citada, p. 408.

³²⁴ *Idem*, p. 429.

³²⁵ *Idem*, p. 434.

³²⁶ No mês de novembro de 2005 eclodiram violentas manifestações nas cidades ao redor de Paris, em áreas habitadas por pessoas em situação de pobreza, muitas das quais imigrantes das antigas colônias francesas. Foi usual atribuir a insurgência à segregação e a falta de oportunidades.

implicitamente como serão priorizados os investimentos públicos. Tudo isso se registra na seguinte passagem também colhida de autor estrangeiro, mas que soa bastante familiar:

“As grandes operações caracterizam-se pela intervenção do poder público na ordenação da cidade por intermédio do planejamento e, em muitos casos, por intervenção pública direta ou mista. Ao longo da história foram promovidos espaços para as instituições, as grandes atividades industriais e financeiras, grandes ensaches, áreas de renovação, infra-estrutura e dotações de serviços com capacidade estruturadora, etc. Hoje em dia, as operações mais difundidas são as que desenvolvem os espaços, ou bairros, do poder financeiro, empresarial ou institucional, que demandam novas exigência de edificação, localização, comunicações e imagem.

A orientação que as políticas urbanas neoliberais das últimas décadas deram a essas atuações criou um estereótipo de operações “estrelas”, justificadas como necessárias a fim de atrair investimentos de empresas transnacionais para as cidades, e servem de respaldo a operações de marketing político. São operações que desenvolvem uma grande infra-estrutura e atuações urbanísticas para as atividades econômicas de alto valor agregado, concebidas como espaços exclusivos, fechados ao ambiente em torno”.³²⁷

O estudo do quadro brasileiro acerca de renovação urbana é ainda mais desalentador. Em boa parte dos casos o mesmo Poder Público, que apregoa a crise fiscal para justificar sua tímida atuação na área social, investe recursos pesados para a realização de obras estruturais, em busca da revitalização de áreas voltadas para o grande capital; muitas vezes esse paradoxo se intensifica com a expulsão da população de baixa renda do local a ser transformado, mesmo após anos de ocupação formal ou não.³²⁸

Evidentemente, existe uma literatura positiva em relação às operações urbanas praticadas, tanto assim que elas continuam em voga. Em geral, a argumentação sobre a necessidade de se oferecer infra-estrutura e serviços avançados atraentes “a investidores, visitantes e usuários solventes à cidade”³²⁹ costuma portar também outros valores a observar, tais como o bem-estar coletivo,

³²⁷ GOYTRE, Felix Arias. **Concertações e Operações Urbanas: A Experiência Espanhola** *In Cidades em Transformação: Entre o Plano e o Mercado*. Rio de Janeiro: Observatório Imobiliário e de Políticas do Solo, 2001, p. 120 - 121.

³²⁸ Ver as análises de casos empreendidas por Mariana Fix, publicadas sob o título **Parceiros da Exclusão**. São Paulo: Boitempo, 2001.

³²⁹ Alusão literal feita ao artigo **As Cidades Como Atores Políticos** (*In* Revista Novos Estudos, nº 45: Cebrap, 1996, p. 152 - 166), elaborado por Manuel Castells e Jordi Borja, onde os autores manifestam visão positiva a uma série de projetos urbanísticos de renovação urbana. A posição adotada por Castells, acrítica ao processo de globalização e seus efeitos sobre as cidades, é surpreendente, quando comparada à obra **A Questão Urbana**.

com destaque para a integração sociocultural. Nessa linha de argumentação, afora os benefícios decorrentes da presença das grandes empresas, ao governo local é que caberia empreender o arranjo final para compatibilizar as tantas questões envolvidas. Como quase sempre acontece, mais que o discurso, é a prática que continua a demonstrar a lógica vigente, onde a balança pende para o processo de acumulação de capital.

A bem da verdade, repita-se o que já foi dito aqui: no fundo, a iniciativa privada sempre ocupou papel de destaque na construção das cidades. O Poder Público deve saber lidar com essa força, sem ter a perspectiva de subjugar-la exclusivamente aos seus propósitos e convertê-la naquilo que ela não se destina a ser: um braço do interesse público. Essa luta tende mesmo a ser estéril, mas decerto não é razoável supor que o processo social se resolva através do mercado livre; não bastasse o longo histórico, a presente forma de globalização não só confirma como agrava os efeitos desagregadores da lógica capitalista. É fundamental, portanto, saber reunir e orientar os agentes privados, personagens imprescindíveis para empreender a mudança desejada em áreas importantes da cidade, de modo a que concorram em favor das transformações sociais necessárias. O equilíbrio entre os vetores envolvidos é difícil, porém necessário.

Pelo prisma jurídico, é de se concluir pela inconstitucionalidade de toda operação urbana em que restar demonstrada a finalidade de promover segregação social no uso do espaço físico. Pior ainda se acarretar expulsão de moradores pobres e benefícios às classes mais altas. Isso não se coaduna com os objetivos e missões de nosso Estado Federal, sobremaneira com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.³³⁰ Várias diretrizes do Estatuto da Cidade poderão ser invocadas para demonstrar também a ilegalidade desse tratamento espúrio. Entre elas, duas merecem destaque: a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social e a adequação dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais.³³¹

Por isso mesmo, uma função importante para o Plano Diretor estará no estabelecimento de barreiras contra os riscos do mau uso da operação urbana consorciada; será benfeitoria a imposição de condições que primem por assegurar, nas transformações estruturais de uma determinada área urbana, a produção de externalidades positivas, de acordo com o desenvolvimento urbano desejado.

O Plano Diretor de Macapá, por exemplo, lança esforço nesse sentido, ao prever que as operações urbanas consorciadas terão pelo menos uma das

³³⁰ No mesmo sentido, ver o capítulo **Operação Urbana Consorciada**, de Paulo José Villela Lomar *In Estatuto da Cidade*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250.

³³¹ Art.2º, III e X da Lei Federal nº 10.257/01.

seguintes finalidades: implementação de programas de habitação popular e de regularização fundiária; ampliação e melhoria da rede estrutural de circulação viária; ampliação e melhoria das instalações portuárias; valorização, recuperação, preservação e criação de patrimônio ambiental, em especial a recuperação, preservação e utilização sustentável das áreas de ressaca (alagadiças); implantação de infra-estrutura de saneamento básico.³³² Mas é claro que isso está longe de representar proteção absoluta; a própria melhoria da rede estrutural viária é normalmente trabalhada nas grandes operações urbanas e muitas vezes se volta para favorecer poucos usuários/moradores de “áreas nobres”. A bem da verdade, contra a má-fé aliada ao engenho humano, não é de se esperar esquemas imunes a todo e qualquer interesse escuso.

Nesse mesmo contexto, qual seja, de evitar práticas lesivas ao interesse público, o Plano Diretor de São Paulo contém previsão parecida com a acima citada, mas vai além ao tratar do conteúdo mínimo da lei que aprova a operação urbana consorciada. Entre outras coisas, ela deverá conter: programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação (isso o Estatuto da Cidade já exige); solução habitacional dentro de seu perímetro ou vizinhança próxima, no caso da necessidade de remover os moradores de favelas e cortiços; garantia de preservação dos imóveis e espaços urbanos de especial valor histórico, cultural, arquitetônico, paisagístico e ambiental, protegidos por tombamento ou lei;

Em razão do longo dissenso entre discurso e prática, mais do que pré-indicar quesitos para a operação urbana consorciada observar, fundamental mesmo é aprimorar sua fiscalização, preocupação, por sinal, incorporada ao Estatuto da Cidade; ali se estabelece, para a lei municipal que aprovar a operação urbana consorciada, o dever de contemplar a respectiva forma de controle, obrigatoriamente com a participação de representantes da sociedade civil.³³³ Mesmo aqui é a prática que definirá o jogo, pois não é rara a manipulação dos mecanismos de participação popular.

Considerando o alerta acima, cumpre voltar ao texto da Lei Federal nº 10.257/01 para destacar os elementos caracterizadores da operação urbana consorciada em nosso direito positivo.

A participação conjunta dos setores público e privado

³³² Art. 114 da Lei Complementar Municipal 026/04. Há previsões semelhantes em Santo André (art. 131 da Lei Municipal nº 8.696/04) e em Chapecó (art. 161 da Lei Complementar Municipal nº 202/04).

³³³ Art. 33, VII da Lei Federal nº 10.257/01.

Segundo o texto legal, o conjunto de intervenções e medidas do processo de transformação de uma área será coordenado pelo Poder Público Municipal e deve contar com a participação da iniciativa privada, por meio dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados.³³⁴

Na prática, o Município, mais do que um simples coordenador de intervenções e medidas, costuma ser, também, o executor de parte delas, no escopo de induzir ou, mais propriamente, facilitar o setor privado. Além de articular os agentes, sua atuação executiva se dá basicamente de duas formas, mas que não são imperiosas para caracterizar a operação urbana consorciada.

De um lado, o Poder Público local busca garantir a infra-estrutura urbana indispensável, por meio de grandes obras públicas, como a implantação de sistema viário; sem dúvida, existe aqui grande margem para ocorrência de obras não discutidas diretamente no Plano Diretor; há situações ainda onde a ação pública se completa com a oferta/liberalização de amplos terrenos ou mesmo com a recuperação ou instalação de prédios públicos relevantes (grandes teatros, museus etc.). De outro lado, o Poder Público costuma editar índices urbanísticos especiais para parcelamento, uso e ocupação do solo, de acordo com o interesse sobre a área a ser transformada, facilitando inclusive a recuperação dos investimentos privados; essa hipótese é expressamente reconhecida pelo Estatuto da Cidade, juntamente com a regularização de edificações em desacordo com a legislação; em ambos os casos impõem-se a avaliação do impacto ambiental e urbanístico e a cobrança de contrapartida aos beneficiários.³³⁵

Seja para pagamento de obras públicas feitas por empresas privadas, seja para incentivar o mercado imobiliário, uma alternativa apta a ser utilizada nesse cenário é a emissão de certificados de potencial construtivo, permitindo que seu detentor construa acima da capacidade inicialmente assegurada em lei. Trata-se da outorga onerosa do direito de construir em contexto mais específico, com uma restrição marcante: apenas poderá ser aplicada dentro do perímetro da operação urbana.³³⁶

Os Planos Diretores não costumam avançar muito nas formas de estruturação dessa “parceria”, isto é, não definem papéis mais específicos aos agentes envolvidos no processo em exame. Usualmente repetem o que está

³³⁴ Como é muito comum na doutrina referir-se aqui a uma forma de “parceria público-privada”, impõe-se esclarecer desde logo que a operação urbana consorciada não será necessariamente regida pela Lei Federal nº 11.079/04. Esse diploma legal, emblemático dos nossos tempos, na verdade cuida de relação mais específica entre Estado e grandes investidores para obras e serviços públicos, e acaba por aprisionar, pelo menos no direito positivo, aquela prosaica expressão.

³³⁵ Art. 32, § 2º, I e II c/c art. 33, VI da Lei Federal nº 10.257/01.

³³⁶ Art. 34, § 1º da Lei Federal nº 10.257/01.

previsto no Estatuto da Cidade, deixando o restante para as leis regentes de cada operação.

A perspectiva de transformação estrutural de uma área com melhorias sociais e valorização ambiental

Como já foi dito aqui, para manter-se fiel ao Estatuto da Cidade, a operação urbana consorciada deve promover significativa alteração da realidade urbana. Além de atingir extensão territorial expressiva, precisa ensejar a mudança estrutural dessa parte da cidade, de modo a produzir melhorias sociais e valorização ambiental.

A redação da lei federal indica que os três resultados são cumulativos. Não basta a mudança estrutural – isso, por si só, seria mais uma consequência do que propriamente um objetivo; nem é suficiente a melhoria social ou a valorização ambiental: esse conjunto de coisas deve decorrer como consequência da modificação promovida.³³⁷ Nem poderia ser diferente, pois nosso ordenamento jurídico já é claro acerca das condições básicas a reger a atividade urbanística. Se toda uma área será modificada em sua estrutura, tal mudança precisa conjugar aquilo que se espera do desenvolvimento urbano, não interessando que traga progresso econômico, sem a correspondente melhoria social ou em desrespeito ao meio ambiente.

Notadamente, para a operação urbana consorciada, o Estatuto enfatizou a idéia do desenvolvimento sustentável, ao tratar dos aspectos social e ambiental. A nova área - ou a renovada área - não pode perder de vista essa diretriz, mas decerto deverá espelhar os demais valores trazidos no próprio Diploma Nacional e no Plano Diretor.

A necessidade de lei municipal específica

A legislação nacional exige que a cada operação urbana consorciada corresponda uma lei própria, exatamente para aprová-la. Mais que isso, o Estatuto da Cidade contempla o conteúdo mínimo que deverá constar desse diploma legal. Se fosse um mero plano de obras, a exigência soaria despropositada, pois no máximo bastaria a autorização para realizar a despesa pública correspondente, o que se verifica por meio da legislação financeira, especialmente com a lei orçamentária anual e, conforme o caso, com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias.

³³⁷ No mesmo sentido é a lição de Paulo José Villela Lomar, no capítulo **Operação Urbana Consorciada** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

A reserva legal para tratar da operação urbana consorciada já se sustenta pela necessidade de a relação especial entre o Município e os demais interessados reger-se por lei formal. Ao mesmo tempo em que o administrador público estiver nessas condições agindo com base em previsão legal, fiel ao princípio da legalidade, dar-se-á maior estabilidade ao processo de transformação, assegurando-se inclusive os investidores privados que poderão exigir o cumprimento das obrigações legais pelo Município. Por seu turno, as especificidades de cada localidade recomendam a edição de uma lei para cada operação, especialmente se for necessário definir parâmetros urbanos próprios, como costuma acontecer. Esse ponto, aliás, merece observação especial, na medida em que o Estatuto da Cidade não o contempla no rol que estabelece o conteúdo mínimo da lei de aprovação da outorga onerosa.

Não são raras as situações nas quais os Municípios procuram trabalhar preferencialmente com decretos ou outros atos normativos, elaborados exclusivamente pelo Poder Executivo. Trata-se de fenômeno, aliás, recorrente em boa parte dos Poderes Públicos no Ocidente, os mesmos para os quais se firmou o princípio da legalidade. A complexidade da sociedade atual, a própria instabilidade típica da condição pós-moderna, bem como a necessidade de especialização técnica para enfrentar tudo isso parecem muitas vezes incompatíveis com o processo legislativo comum, a abrigar personagens distintos, às vezes em campos contrapostos, que nem sempre são conhecedores do assunto em pauta; além do risco de “impropriedade técnica” na determinação a ser adotada, a decisão final – a aprovação ou rejeição do projeto de lei – tende a demorar. Se atentarmos para a experiência brasileira, onde o Estatuto da Cidade levou onze anos em tramitação e o novo Código Civil esperou duas décadas para se tornar lei, a preocupação ganha maior apelo.

Por tudo isso, vivencia-se a multiplicação de órgãos ou entidades administrativas a editar verdadeiras normas jurídicas, vide o caso do Banco Central, do Conselho Nacional do Meio Ambiente ou mesmo das agências regulamentadoras. Quase sempre esse poder normativo se apóia em lei formal, mas muitas vezes o texto legal é extremamente vago ao conferir capacidade a certas autoridades para a disciplina dos comportamentos da sociedade civil.

No âmbito municipal, fruto dessa mesma lógica, não é raro encontrar decretos estabelecendo os parâmetros aplicáveis em zonas de especial interesse social ou mesmo atos administrativos (a licença de construir, por exemplo) definindo, por conta própria, índices urbanísticos especiais para determinada construção, submetida ao que alguns Municípios chamam de “operação interligada”. Normalmente isso não se dá por arroubo do Chefe do Executivo, que resolve, de uma ora para outra, trabalhar de modo mais prático e independente do Legislativo; decorre, sim, de expressa previsão legal. Em muitos casos, é o próprio Plano Diretor, que atribui a um órgão ou autoridade pública a prerrogativa de fixar índices urbanísticos. A aplicação prática desses mandamentos, porém, não é totalmente pacífica.

Colhe-se na Corte de Justiça Paulista, por exemplo, o seguinte julgado:

“Operações Interligadas” — Possibilidade de modificação de índices urbanísticos e características de uso e ocupação do solo, mediante aprovação pelo Poder Executivo, em detrimento das normas insertas nos artigos 5º, § 1º, e 181, “caput”, da Constituição do Estado de São Paulo — Inconstitucional a delegação de poder em matéria de reserva legal — A Constituição Bandeirante estabeleceu reserva legal acerca do tema de direito urbanístico (artigo 181, “caput”), o que torna defeso o cometimento de regramento individual de índices urbanísticos de uso e ocupação do solo ao Poder Executivo, que não pode legislar por ato administrativo, pena de subtrair competência constitucional do Poder Legislativo. Preliminar afastada — Inconstitucionalidade declarada”.³³⁸

Outra decisão a merecer registro é a do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, cuja ementa declara:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL 230/99 – DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA CÂMARA LEGISLATIVA AO PODER EXECUTIVO – IMPOSSIBILIDADE – PROCEDÊNCIA.

1. É indelegável o poder de deliberação da Câmara Legislativa do Distrito Federal sobre o uso do solo rural, planejamento, controle, uso, parcelamento, ocupação do solo e mudança de destruição (sic) de áreas urbanas.
2. Procedência da ação”.³³⁹

Assim, mesmo sendo omissos o Estatuto da Cidade, a prudência recomenda que, da própria lei da operação urbana consorciada, constem os parâmetros urbanísticos vigentes no perímetro da operação urbana consorciada, caso eles sejam especiais. Com esse adendo, verifica-se, para a lei específica da operação urbana, o encargo de apresentar:

- definição da área a ser atingida

Do ponto de vista jurídico, a aplicação do instrumento não demanda, como em outros casos, a identificação da respectiva área no Plano Diretor. A Lei Federal estabelece, sim, que a lei específica para aprovar cada operação urbana consorciada demarque, de modo preciso, sua geografia. Guarda-se, assim, a devida coerência

³³⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 045.352.0/5-00. Na realidade a menção à Constituição Estadual não torna o caso peculiar, pois o dispositivo citado apenas externa a concepção comum de cumprir à lei estabelecer as normas de uso, parcelamento e ocupação do solo.

³³⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 200.002.000876-9.

com a concepção e a própria dinâmica da intervenção em exame. É a partir de uma pauta mais específica entre sociedade civil e Poder Público que devem se produzir as definições materiais de cada transformação estrutural a ser empreendida.

Merece reflexão, porém, o seguinte fato: se o Plano Diretor precisa indicar as áreas passíveis de outorga onerosa do direito de construir, seria lícito que diante da operação urbana consorciada a ampliação do potencial construtivo se libertasse daquela condição? Ou seja, caberia a cada lei que aprova a operação determinar, por conta própria, a outorga onerosa ou a transferência do direito de construir no perímetro por ela discriminado, tudo isso à revelia da lei fundamental do desenvolvimento urbano? A título de coerência, cabe ponderar que o instrumento básico da política urbana, ao menos, precisaria autorizar tal hipótese. O Plano Diretor de Santo André, por exemplo, prevê expressamente a utilização da outorga onerosa nas áreas sujeitas à operação urbana consorciada, a qual se regerá pela legislação específica,³⁴⁰ este me parece o tratamento mínimo necessário, capaz de deslocar excepcionalmente para outro momento e local a decisão sobre a base territorial da outorga onerosa; aquele diploma legal vai além, ao fixar, desde logo, o coeficiente de aproveitamento máximo para o uso residencial multifamiliar e para os usos não-residenciais nas operações urbanas consorciadas, estabelecendo ainda que o estoque de potencial construtivo adicional para o local da intervenção deverá ter seus critérios e limites definidos na lei municipal específica que criar e regulamentar a operação urbana consorciada.

Por fim, resta consignar que, se não há obrigatoriedade, também não há impedimento para o Plano Diretor indicar áreas propícias para a aplicação do instrumento em exame. Por sinal, não é tão raro que isso ocorra. Exemplos se encontram em Santo André, Campina Grande do Sul e Macapá.³⁴¹ A pertinência de fazê-lo ou não dependerá da situação concreta de cada Município. Não se deve ignorar a potencialidade do Plano Diretor para estimular, de modo especial, os interessados e até mesmo determinar providências preliminares aos agentes públicos, tornando mais atraente a futura discussão sobre essa ou aquela operação urbana consorciada. O que se recomenda evitar é a antecipação forçada do assunto, sem o fôlego adequado, isto é, sem discussão mais detida com os potenciais interessados, sob pena inclusive de se revelar, no futuro, inexequível o mandamento do Plano Diretor, por desinteresse do setor privado.

³⁴⁰ Art. 134 da Lei Municipal 8.696/04

³⁴¹ Art. 132 do Plano Diretor de Santo André; art. 106 do Plano Diretor de Campina Grande do Sul; Art. 115 do Plano Diretor de Macapá.

- Programa básico de ocupação da área

A exigência sugere que o aproveitamento da área deva se dar de modo planejado e gradual, por meio de etapas progressivas, o que certamente tornará mais racionais os esforços e evitará ou diminuirá os impactos indevidos.

- Programa de atendimento econômico e social para a população diretamente afetada pela operação

Decerto, cuida-se aqui de ponto intimamente ligado com a perspectiva de melhoria social. Ao se referir ao atendimento econômico e social para população diretamente afetada, o dispositivo enfatiza, acima de tudo, a adoção de medidas mitigadoras e compensatórias. Reconhece, pois, que a modificação estrutural é capaz de ocasionar problemas para (parte dos) moradores e usuários da localidade e acaba por prescrever: sempre que necessário, o Poder Público terá de agir em prol da justiça social na área transformada, sobretudo para impedir os efeitos perversos de segregação e “expulsão branca”, companheiros freqüentes das intervenções sob o emblema da “melhoria urbana”. Por tudo o que já foi dito, a remoção forçada dos moradores para atender ao interesse do setor imobiliário será normalmente inaceitável.

- Finalidades da operação

Nem só de valorização ambiental e melhorias sociais (em sentido estrito) tem que viver a operação urbana consorciada. Além de evidenciar os resultados a alcançar nesses aspectos (promoção da habitação popular, recuperação de determinada bacia hidrográfica etc.), deverão ser firmados os demais objetivos em pauta, como a definição de novas centralidades, a recuperação de áreas relacionadas ao patrimônio histórico³⁴² e a orientação para a expansão urbana.

- Estudo prévio de impacto de vizinhança

O Estatuto da Cidade condiciona a operação urbana consorciada a uma especial análise prévia: o estudo de impacto de vizinhança, instrumento que será analisado mais à frente. A modificação estrutural não pode ser empreendida, sem que haja conhecimento profundo sobre seus possíveis efeitos. Só assim caberá mitigar ou

³⁴² Em visão mais compreensiva sobre valorização ambiental, decerto tal recuperação ali se enquadraria.

compensar determinadas consequências, capazes de prejudicar o bom desenvolvimento urbano.

Os Planos Diretores costumam repetir a previsão, mas, mesmo em caso de omissão, impõe-se o condicionamento, não só pelo dispositivo específico, mas por tudo aquilo que ele encarna em relação às diretrizes nacionais, principalmente aquela segundo a qual é necessário planejar o desenvolvimento das cidades, a distribuição espacial da população e as atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, a fim de evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.³⁴³ Decerto, isso se afigura tão mais viável quanto mais profundo for o conhecimento sobre a realidade em curso ou a ser construída.

- Contrapartida a ser exigida dos proprietários, usuários permanentes e investidores privados, em função do tratamento normativo diferenciado para a área, dentro da qual se aplicarão os recursos auferidos

O tópico acima encerra duas afirmações importantes. Na verdade ele confirma requisitos que estariam implícitos na aplicação do instrumento. O primeiro deles diz respeito ao fato de que, salvo interesse público relevante, a edição de índices mais favoráveis ensejará contrapartida dos beneficiados. O segundo é o de que os benefícios sociais e a valorização ambiental serão perseguidos dentro do perímetro da operação urbana consorciada. Se os recursos públicos auferidos somente podem ser empregados naquela área, é ali mesmo que haverão de se concretizar as finalidades públicas em destaque, evidentemente proporcionando vantagens ao desenvolvimento de todo o Município.

O procedimento voltado para (re)estruturar uma parte da cidade tem que propiciar para essa parcela do território a transformação compatível com os princípios, diretrizes e objetivos orientadores do desenvolvimento urbano. Portanto, essa área radicalmente transformada resolverá, em si mesma, os desafios postos ao equacionamento dos problemas urbanos, sem lançar para o restante da cidade a tarefa de compensar os excessos ali praticados. Retorna-se aqui à diretriz segundo a qual o planejamento do desenvolvimento das cidades deve evitar e/ou corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente, o qual, em leitura mais ampla, abrange o desenvolvimento social.

³⁴³ Art. 2º, IV da Lei Federal nº 10.257/01.

A partir da restrição acima, veda-se a argumentação de que os “pequenos comprometimentos” ou os “efeitos colaterais” ao bem-estar social e ao meio ambiente sejam compensados pela recuperação de outras localidades degradadas, a partir da receita pública produzida na operação urbana consorciada. Esse sistema de compensação entre áreas distintas não está franqueado. A transformação estrutural da localidade há de se legitimar não só em sua relação com toda a cidade, o que é óbvio, mas também quando apreciada internamente, isto é, no perímetro da área modificada.

- Forma de controle da operação urbana consorciada, obrigatoriamente compartilhado com representantes da sociedade civil

Em face de seu enorme potencial, a operação urbana consorciada requer formas especiais de controle. Consoante a lei nacional, a participação da sociedade não se dará apenas pelos agentes empreendedores.

Por conta da própria diretriz inscrita no artigo 2º, XIII do Estatuto da Cidade, já seria correto propugnar a necessidade de audiência pública, pois é evidente que a mudança estrutural de uma área, especialmente no caso de induzir seu adensamento, permite, em tese, a produção de efeitos negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, bem como sobre o conforto ou a segurança da população.

O artigo 33, VII da Lei Federal nº 10.257/01, no entanto, quer dizer mais: nitidamente, dá a entender que o mecanismo de controle institucional da operação urbana consorciada contará com representantes da sociedade civil. Não é difícil compreender aí a exigência de órgão colegiado (comitê ou comissão gestora, por exemplo) para acompanhar a implementação das ações. Embora não sistematize essa questão, o Plano Diretor de São Paulo atribui ao Conselho Municipal de Política Urbana o acompanhamento da execução dos planos, programas e projetos de interesse para o desenvolvimento urbano e ambiental, o que certamente alcança a operação urbana consorciada; além disso, confere à Câmara Técnica de Legislação Urbanística - órgão também composto por membros da sociedade civil -, a competência para aprovar propostas de participação dos interessados nas operações urbanas consorciadas, quando assim dispuser a lei específica.³⁴⁴

³⁴⁴ Arts. 285, IV e 286, V da Lei Municipal nº 13.430/02

3.5.10 – DO ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA

Como é de amplo conhecimento, em regra, a ação humana que leva à transformação dos imóveis urbanos costuma ser submetida ao prévio controle municipal. Quem deseja construir ou realizar determinado empreendimento ou ainda desenvolver atividade sobre imóvel urbano precisa, em regra, apresentar seu projeto ao órgão municipal competente, o qual irá analisar a viabilidade jurídica do pedido. Isso se realiza através de procedimento administrativo usualmente denominado de licenciamento.

Já foi dito aqui que o urbanismo e as normas jurídicas produzidos durante boa parte do século XX pretenderam aprisionar a dinâmica das cidades em grandes sistemas teóricos, concebidos pelo planejamento urbano, a fim de moldar a realidade.

Certamente há uma ascendência muito forte do positivismo científico nesse modo de enxergar e tratar o mundo: enquadrar os fatos em grandes paradigmas e esquemas lógicos para prescrever antecipadamente o tratamento necessário. Assim, a partir de elementos comuns, previamente definidos, o fato é classificado e submetido à visão uniformizadora. Quanto maior a confiança na capacidade humana e na ciência, mais as decisões se antecipam aos fatos, indiferentes às contingências e especificidades que o momento histórico e as nuances geográficas trazem.

Associando essa perspectiva ao ideal de segurança jurídica, o papel da lei seria o de previamente definir tudo o que pode e o que não pode ocorrer sobre o solo urbano. Se o homem é capaz de criar grandes quadros sistemáticos que compreendem tudo, e se o ideal jurídico é produzir certezas sobre a ação humana, nada melhor do que a lei já estabelecer as formas de parcelamento, uso e ocupação para o solo urbano, impondo procedimentos e parâmetros aplicáveis para todas as hipóteses.

Não se pode esquecer que, com a derrocada dos regimes absolutistas, uma das idéias-chave do que passaria a ser conhecido como Estado de Direito é a seguinte: as pessoas só podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei. É o que está inscrito inclusive na Constituição brasileira de 1988, como garantia ao indivíduo.³⁴⁵ A proteção maior está no fato de a lei ser elaborada com a participação de autoridades distintas, impedindo a concentração de poder na mão de uma única pessoa. Diluída a decisão por meio dos vários agentes, evita-se a tirania, a arbitrariedade ou mesmo as idiosincrasias.

Em suma, apenas a lei formal poderia configurar quais são os direitos ou deveres jurídicos, fazendo-o de modo geral e abstrato, ou seja, impessoal,

³⁴⁵ Art. 5º, II.

como impõe a construção teórica de Rousseau, já citada nesta obra. Há uma passagem magnífica para compreender essa visão:

“Quando digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo que a lei considera os vassalos em corpo e as ações como sendo abstratas, jamais um homem como indivíduo, nem uma ação particular. Destarte, pode a lei estatuir perfeitamente que haverá privilégios, mas não pode ofertá-los nominalmente a ninguém; pode a lei instituir diversas classes dos cidadãos, assinalar inclusive as qualidades que darão direito a essas classes; mas não pode nomear este ou aquele para ser nelas admitido, pode estabelecer um governo real e uma sucessão hereditária, mas não eleger um rei nem nomear uma família real: numa palavra, toda função que se relacione com um objetivo individual não pertence de nenhum modo ao poder legislativo”.³⁴⁶

Essa síntese é especialmente destacada em relação ao exercício da propriedade, símbolo e condição fundamental para o sistema capitalista.

É por isso que, entre os juristas brasileiros, por exemplo, se encontram várias lições sobre os limites para a Administração Pública apreciar e aprovar o parcelamento, uso e ocupação do solo.

O controle urbanístico apenas poderia se pautar por exigir o que está previsto em lei, e é esta que já definiria se há ou não há o direito de construir ou parcelar nas condições apresentadas pelo interessado. A esse respeito, Hely Lopes Meirelles, com o peso de sua autoridade, afirma:

“O alvará de licença para construir ou lotear é decorrente do direito de propriedade, vinculado às normas regulamentares pertinentes (Código Civil, art. 572), e, por isso, quando o interessado as atende, não pode a Prefeitura negar aprovação ao projeto de construção ou de loteamento, visto que esse deferimento é uma imposição legal, e não uma faculdade discricionária”.³⁴⁷

Nesse prisma, a aprovação de parcelamento, uso ou ocupação do solo urbano constitui-se como ato administrativo vinculado, isto é, no qual o administrador público apenas verifica o que a lei dispõe, e é ela – a lei – quem decide diretamente se o projeto ou a atividade serão aprovados ou não. Por isso se diz que há direito subjetivo à aprovação quando o projeto revela-se em conformidade com a lei. O agente público agiria praticamente de modo

³⁴⁶ In **O Contrato Social**, edição citada, p. 48.

³⁴⁷ In **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 190. A referência é ao antigo Código Civil. O dispositivo invocado hoje está contemplado no art. 1.299 do Código Civil vigente.

automático, sem emitir qualquer juízo sobre a questão. Na categoria dos chamados “atos vinculados”, “a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva”³⁴⁸. O administrador tem que se “ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo para realizá-los eficazmente”.³⁴⁹

A bem da verdade, embora não seja o objeto central deste livro, cumpre destacar a controversa inclusão da aprovação do parcelamento do solo para fins urbanos no rol dos atos vinculados. Há autores, a meu ver com acerto, admitindo o juízo discricionário no controle exercido sobre esse procedimento que promove a urbanização do solo e consequentemente o crescimento real da cidade.³⁵⁰ Isso envolve, portanto, um feixe de decisões claramente públicas, cumprindo ao Município, e não ao particular, a titularidade e, consequentemente, a palavra final, sobre o momento e o local para se dar o parcelamento do solo para fins urbanos. A par da lei admitir o uso urbano no local em que se situa a gleba, restaria a apreciação discricionária sobre a adequação do projeto apresentado ao interesse público.

Todavia, ainda hoje é extremamente comum encontrar, entre os juristas nacionais, a visão de que o uso e a ocupação do solo urbano estão sujeitos ao controle municipal apenas quanto à estrita conformidade com os parâmetros preestabelecidos em lei. As ressalvas feitas pelos estudiosos são tímidas demais para afastar a idéia central de que é a própria lei formal quem define o que pode ou não ser feito, estabelecendo as condições para uma edificação ser lícita ou para se admitir ou proibir determinada atividade sobre o solo urbano. Observada a listagem de exigências e condições expressamente contempladas no texto legal, haveria então o direito subjetivo de usar ou construir sobre o solo urbano; não restaria ao agente público apreciar o caso à luz de outras considerações ou critérios, além daqueles exaustivamente postos na lei formal. Por isso mesmo, ao Poder Público não assistiria negar o pedido de licença que não incidisse em expressa vedação legal.

Pois bem, a utilização do Estudo de Impacto de Vizinhança desarruma esse quadro. Ele atende ao clamor das vozes desejosas de um urbanismo tecido à luz do caso concreto, adaptável às contingências. A aprovação para certos empreendimentos e atividades descritos em lei municipal não está totalmente assegurada, mesmo que sobre eles não pese proibição imediata, imposta em norma jurídica. Portanto, além de preencherem os requisitos genéricos e abstratos da lei, haverão de passar por análise minuciosa, a descortinar os impactos decorrentes de sua implementação. O exame do projeto apresentado, com todas as suas especificidades, torna-se necessário para a decisão, que não se

³⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 197

³⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 101.

³⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, edição citada, p. 390 - 391.

restringirá a aplicar automaticamente a lei; logo, já não é esta que define diretamente o direito. Mais do que a exigência do estudo prévio, a grande novidade é a mudança do poder de decidir. A decisão ganha certa dose de discricionariedade, na qual se exerce o juízo de conveniência e oportunidade em aprovar ou rejeitar o pedido. O caráter vinculado do licenciamento se dilui.

Por exemplo, mesmo que não haja impedimento legal a priori para a aprovação de projeto de instalação de um shopping-center em determinado bairro, ele poderá ser recusado, ou ainda terá de acatar exigências adicionais àquelas previstas em lei para sua aprovação. Nesse conjunto extraordinário de obrigações são de praxe as medidas mitigadoras, as quais diminuem o impacto inicialmente previsto, e as medidas compensatórias, a oferecer algum benefício em contrapartida ao impacto que será ocasionado. A ampliação de vias, a disponibilidade de vagas para estacionamento em número maior que o previsto em lei, a manutenção do patrimônio histórico na vizinhança, a recuperação de área ambiental degradada ou até mesmo a adoção de medidas sociais, tudo isso pode ser exigido do empreendedor que solicita aprovação de projeto com impacto urbano.

Na definição das atividades e empreendimentos sujeitos ao EIV, fique claro, é viável adotar uma combinação de fatores que justifiquem o licenciamento especial. Ou seja, mais do que o objeto da atividade ou do empreendimento, talvez estejam as circunstâncias a demandar análise diferenciada, como no caso de localização em área de interesse especial ou do grande porte do empreendimento ou da atividade.³⁵¹

Em tudo isso fica evidente a relação íntima que existe entre o Estudo de Impacto de Vizinhança e o Estudo de Impacto Ambiental. Ambos estão relacionados ao controle prévio que se convencionou chamar de licenciamento, mas que a rigor não produzirá mais uma licença típica, ao menos com base nas lições clássicas sobre o assunto. Como a situação não se encaixa muito bem na figura da autorização, que pressupõe decisão precária, livremente revogável, está-se a aguardar a revisão desses institutos de Direito Público.³⁵²

Destaque-se não ter sido o Estatuto da Cidade o diploma que introduziu no Direito Brasileiro o Estudo de Impacto de Vizinhança. O Plano Diretor de Porto Alegre, antecessor do atual, (LC 43/79), já previa o Estudo de Viabilidade Urbanística, nome por sinal mais feliz do que o utilizado na legislação nacional. Essa informação sobre a antiguidade do EIV em alguns Municípios relativiza a compreensão comum de que o Estudo de Impacto Ambiental, previsto na Lei

³⁵¹ Neste sentido segue o capítulo **Estudo de Impacto de Vizinhança**, escrito por Lucécia Martins Soares, *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 295 - 296.

³⁵² Essa discussão é objeto mais freqüente do Direito Ambiental. Entre outros, cumpre citar: ANTUNES, Paulo de Bessa *In Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 101 - 102; FORILLO, Celso Antônio Pacheco *In Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000; MACHADO, Paulo Affonso Leme *In Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 242 - 243;

Federal nº 6.938/81, inspirou a criação do Estudo de Impacto de Vizinhança; independentemente de saber quem nasceu primeiro, o importante aqui é constatar que ambos partem da mesma compreensão de ser necessário o estudo de caso diante de certas situações.

Esse instrumento, talvez mais do que qualquer outro aqui apreciado, confirma a lição de Boaventura de Sousa Santos no sentido de que perante o dinamismo das sociedades capitalistas e o papel do Estado no século XX, “o direito abstracto, formal e universal, recua perante o direito contextualizado, particularista e circunstancial”.³⁵³ A aplicação do EIV indica a necessidade de análise específica para resolver o fato concreto, com todas suas nuances e variáveis; a decisão já não está predeterminada na norma de caráter geral e abstrato, pois, como já se fez notar, “das normas, sempre insuficientes para imaginar situações impensadas, não se pode esperar nada além do que regular as situações previsíveis. Nos procedimentos deve estar a diferenciação”.³⁵⁴

A análise a ser empreendida encerra forte componente técnico, mas ela não se esgota nesse viés. Há de se discutir o empreendimento à luz do desenvolvimento urbano desejado. Por isso mesmo o Estatuto da Cidade requer a publicidade dos documentos integrantes do EIV, os quais devem ficar disponíveis para consulta por qualquer interessado.³⁵⁵ Decerto será obrigatória a realização de audiência pública, por força da diretriz contida no artigo 2º, XIII daquele Diploma Nacional. Requer-se aqui a abertura para a participação popular também na gestão urbana, especialmente para tratar das situações com potencial para gerar conflitos. Revelam-se, pois, impróprias as previsões de alguns Planos Diretores, a condicionar a realização de audiência pública a requerimento dos moradores da área afetada ou de associações locais.³⁵⁶

Não é propósito desta obra analisar a seqüência do licenciamento com a presença do Estudo de Impacto de Vizinhança. Registre-se, porém, ser comum prever-se a elaboração do estudo logo na fase inicial do licenciamento, tratando-o como incumbência do requerente da licença, que deverá fornecer as informações solicitadas pelo competente órgão municipal. Se é certo que o estudo precisa contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, como determina o artigo 37 do Estatuto da Cidade, convém relativizar o conteúdo mínimo especificado naquele mesmo preceito legal. Sem embargo, dependendo do objeto da licença nem sempre será necessário enfatizar algumas das questões ali relacionadas, a saber: adensamento populacional; equipamentos urbanos e

³⁵³ *In A Crítica da Razão Indolente*, edição citada, p. 152.

³⁵⁴ MENEGASSI, Jaqueline e OSÓRIO, Letícia Marques. **Do Estudo de Impacto de Vizinhança In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 250.

³⁵⁵ Art. 37, parágrafo único da Lei Federal nº 10.257/01

³⁵⁶ É o caso, por exemplo, dos Planos Diretores de Chapecó (art. 318, § 2º) e de Araxá (art. 100, § 2º).

comunitários; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; geração de tráfego e demanda por transporte público; ventilação e iluminação; paisagem urbana e patrimônio natural.

É o caso concreto que definirá as informações realmente necessárias, sendo também certo que o Município poderá exigir outros informes. O Plano Diretor de Santo André, por exemplo, prevê a inclusão, no que couber, da análise e proposição de solução para as seguintes questões: adensamento populacional; uso e ocupação do solo; valorização imobiliária; áreas de interesse histórico, cultural, paisagístico e ambiental; equipamentos urbanos, incluindo consumo de água e de energia elétrica, bem como geração de resíduos sólidos, líquidos e efluentes de drenagem de águas pluviais; equipamentos comunitários, como os de saúde e educação; sistema de circulação e transportes, incluindo, entre outros, tráfego gerado, acessibilidade, estacionamento, carga e descarga, embarque e desembarque; poluição sonora, atmosférica e hídrica; vibração; periculosidade; geração de resíduos sólidos; riscos ambientais; impacto socioeconômico na população residente ou atuante no entorno.³⁵⁷

Importante deixar claro que nem o Estudo de Impacto de Vizinhança nem a participação popular, por si só, avocam a capacidade decisória sobre o licenciamento. A autoridade para decidir será aquela prevista na legislação municipal. A diferença é que ela deverá levar em conta todas as informações colhidas no processo administrativo, ou seja, a decisão partirá dos dados ali inseridos, justificando-se de modo esclarecedor o porquê de seu teor final. Em síntese,

“Como instrumento de gestão que é, o EIV não substitui a decisão do administrador. É um instrumento para a tomada de decisão e de medidas mitigadoras ou compensatórias. Em outras palavras, o administrador precisa considerar os elementos colocados no EIV, embora não tenha de aderir a ele, desde que justifique e motive a não adesão. O mesmo ocorre com o resultado de audiência pública. A Administração não está obrigada a cumprir orientações obtidas em Audiência Pública (que não são decisórias e podem ser conflitantes ou contraditórias). Cabe ao administrador público ouvir, analisar e avaliar as idéias e opiniões que surjam naquelas audiências, para argumentar as decisões que tome; dizer os porquês e enfrentar democraticamente os temas e posições que surjam da participação popular”³⁵⁸

O Estatuto da Cidade não faz menção expressa ao Plano Diretor quando trata do EIV, mas é certo que sua utilização no Município merece acolhida

³⁵⁷ Art. 158 da Lei Municipal nº 8.696/04

³⁵⁸ *In Plano Diretor Participativo*. Brasília: CONFEA e Ministério das Cidades, 2004, p. 115. Em linha semelhante é a lição de Jaqueline Menegassi e Letícia Marques Osório na seção **Do Estudo de Impacto de Vizinhança** *In Estatuto da Cidade Comentado*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 250.

naquele instrumento básico da política urbana.³⁵⁹ Coincidência ou não, é comum a parcimônia dos Planos Diretores no trato dessa análise prévia; muitas vezes, basicamente repetem as previsões da legislação nacional.³⁶⁰

O Plano Diretor de Macapá procura ir além das normas que reproduzem o texto do Estatuto da Cidade. Após repetir a condição geral de aplicação do Estudo, dispõe que, para definição dos empreendimentos ou atividades, públicos ou privados, causadores de impacto de vizinhança, será observada pelo menos a presença de um dos seguintes aspectos: interferência significativa na infraestrutura urbana; interferência significativa na prestação de serviços públicos; alteração significativa na qualidade de vida na área de influência do empreendimento ou atividade, afetando a saúde, segurança, locomoção ou bem-estar dos moradores e frequentadores; risco à proteção especial estabelecida para a área de influência do empreendimento ou atividade; necessidade de parâmetros urbanísticos especiais. Além disso, prevê que a aprovação do empreendimento ou atividade possa ficar condicionada à adoção de medidas compensatórias e mitigadoras como condição para expedição da licença ou autorização, objetivando adequar o empreendimento ou atividade ao cumprimento das funções sociais da cidade. Ressalva, porém, que as medidas compensatórias não poderão ser utilizadas para flexibilizar parâmetros urbanísticos ou ambientais, além do limite admitido pela legislação aplicável.³⁶¹

Procurando estabelecer balizas mais visíveis à discricionariedade administrativa, situação sempre a ensejar receios quanto ao mau uso, o Plano Diretor de Macapá estipula que a elaboração e apreciação do EIV, incluindo a fixação de medidas compensatórias e mitigadoras, obedecerão: diretrizes estabelecidas para a área de influência do empreendimento ou atividade; estimativas e metas, quando existentes, relacionadas aos padrões de qualidade urbana ou ambiental fixados nos planos governamentais ou em outros atos normativos federais, estaduais ou municipais aplicáveis; programas e projetos governamentais propostos e em implantação na área de influência do empreendimento ou atividade.

O Plano Diretor de Porto Alegre também tece orientações importantes sobre o Estudo de Viabilidade Urbanística, aplicável aos chamados projetos especiais, que se dividem em dois grupos.

Os empreendimentos pontuais, primeiro grupo, apresentam impactos de menor escala, para os quais serão acrescidas algumas condicionantes, além daquelas já previstas na legislação; na maior parte dos casos, o acréscimo decorre das características especiais do sítio de implantação. Nesta situação

³⁵⁹ Nesse sentido ver também Jaqueline Menegassi e Letícia Marques Osório na seção **Do Estudo de Impacto de Vizinhança In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, pág. 239.

³⁶⁰ É o caso do Plano Diretor de Itatiba (arts. 149 e 150).

³⁶¹ Art. 97 e §§ da Lei Municipal Complementar nº 026/04.

estão, por exemplo, os projetos em imóveis que contenham patrimônio ambiental – natural ou cultural – a preservar ou ainda os empreendimentos não-residenciais de porte médio, identificados no próprio Plano Diretor, como aqueles com áreas computáveis entre 10.000m² (dez mil metros quadrados) e 30.000 m² (trinta mil metros quadrados). O Plano procura manter a razoabilidade e a proporcionalidade quanto à relação entre o impacto e as questões que demandarão análise. Prevê ainda que os projetos especiais de empreendimento pontual sejam aprovados pelo Poder Executivo Municipal, mediante prévia apreciação das comissões técnicas competentes.³⁶²

No segundo grupo estão os Empreendimentos de Impacto Urbano, os quais envolvem a proposição de normas próprias e/ou requerem acordos programáticos anteriores à urbanização, mediante operações concertadas. Há uma subdivisão promovida entre tais empreendimentos. No Primeiro Nível estão os projetos especiais de abrangência local. O texto legal dá a entender sobre a necessidade de adaptação das normas quanto ao regime volumétrico, ao uso do solo e ao entorno urbano imediato. A aprovação será por ato do Poder Executivo, mediante prévia apreciação dos Conselhos Municipais competentes, que deliberarão sobre a realização de consulta à comunidade nas instâncias de planejamento regional.³⁶³ No Segundo Nível estão os projetos que envolvem um setor da cidade, a exigir múltiplos agentes e com possibilidade de representar novas formas de ocupação do solo; notadamente trata-se das operações urbanas concertadas, cujas aprovações serão mediante lei, com prévia apreciação dos Conselhos Municipais competentes, ouvidas ainda as instâncias de planejamento regional do Município. Para ambos os casos, são previstos alguns dos aspectos que o Estudo deverá conter, deixando-se clara a necessidade de adequação do empreendimento às grandes questões enfrentadas pelo desenvolvimento urbano.³⁶⁴

Do Plano Diretor de Santo André cabe destacar a previsão para o Poder Executivo solicitar, como condição para aprovação do projeto de impacto urbano, alterações e complementações no mesmo, bem como a execução de melhorias na infra-estrutura urbana e de equipamentos comunitários, tais como: ampliação das redes de infra-estrutura urbana; área de terreno ou área edificada para instalação de equipamentos comunitários em percentual compatível com o necessário para o atendimento da demanda a ser gerada pelo empreendimento; ampliação e adequação do sistema viário, faixas de desaceleração, ponto de ônibus, faixa de pedestres, semaforização; proteção acústica, uso de filtros e outros procedimentos que minimizem incômodos da atividade; manutenção de imóveis, fachadas ou outros elementos arquitetônicos ou naturais considerados de interesse paisagístico, histórico, artístico ou cultural, bem como recuperação ambiental da

³⁶² Ats. 57 e 58 da Lei Municipal Complementar nº 434/99.

³⁶³ Em interpretação prudente, até pela coerência com todo o restante do Plano Diretor, deve se mencionar que em caso de alteração dos parâmetros de ocupação do solo seja necessária a edição de lei própria, como orienta o parecer nº 1065/2003, da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre, elaborado pela Dr^a Ana Luísa Soares de Carvalho.

³⁶⁴ Arts. 61 a 63 da Lei Municipal Complementar nº 434/99.

área; cotas de emprego e cursos de capacitação profissional, entre outros; percentual de habitação de interesse social no empreendimento; possibilidade de construção de equipamentos sociais em outras áreas da cidade; manutenção de áreas verdes.³⁶⁵ Nesse tópico dispõe-se que as exigências previstas nos incisos anteriores deverão ser proporcionais ao porte e ao impacto do empreendimento.

Como se faz anotar ali, a aprovação do empreendimento ficará condicionada à assinatura de Termo de Compromisso pelo interessado, em que este assume integralmente as despesas decorrentes das obras e serviços necessários à diminuição dos impactos negativos do empreendimento, implementando previamente as medidas apontadas pelo Poder Executivo Municipal. Por força disso, o certificado de conclusão da obra ou o alvará de funcionamento somente serão emitidos após o cumprimento das exigências.

Eventualmente, alguns Planos Diretores antecipam atividades ou empreendimento que obrigatoriamente serão submetidos ao EIV, embora o detalhamento do assunto costume ficar mesmo para lei específica ou para a lei de uso e ocupação do solo. Se por um lado algumas atividades aparecem de modo constante em todo e qualquer Município, existe, por outro, uma grande variação, a registrar o estágio da urbanização e os objetivos do desenvolvimento urbano. Em Araxá, por exemplo, além de limitar-se a construção de edifícios por quadra - no máximo serão dois para quadras de no mínimo um hectare e um edifício para quadras menores - é previsto que a respectiva licença se dará após a aprovação da análise do Estudo do Impacto de Vizinhança e de seu respectivo Relatório de Impacto de Vizinhança (RIV).³⁶⁶

3.6 - AÇÕES E PROGRAMAS NO PLANO DIRETOR

3.6.1 – AÇÕES, PROGRAMAS E A EFETIVIDADE DO PLANO DIRETOR

Como já foi dito aqui, há um enorme desafio para efetivar as transformações propostas pelos Planos Diretores. Um desafio histórico. Enquanto as boas intenções lançadas ao papel não se cumprem, a situação urbana se agrava. É farta a divulgação na mídia de pesquisas apontando o crescimento da ocupação de áreas precariamente urbanizadas, enquanto os indicadores gerais de riqueza do país crescem.

A “Folha de São Paulo”, em 04/06/2000, cruzando diferentes dados, divulgou que metade da população do Município de São Paulo, cerca de cinco milhões e quinhentos mil habitantes, mora em loteamentos ilegais, cortiços e favelas, a maioria sem infra-estrutura básica. O mesmo jornal, em 06/05/2001,

³⁶⁵ Art. 159 da Lei Municipal 8.696/04.

³⁶⁶ Art. 57, III da Lei Municipal nº 4.135/02. O preceito exige também a análise das dimensões do lote e da localização dentro da respectiva quadra.

veicula pesquisa da Organização Mundial de Saúde, a informar que os equipamentos de lazer e cultura estão concentrados nas regiões ocupadas por habitantes de alta renda. Segundo noticiado no jornal “O Globo”, em 16/05/2004, no Município do Rio de Janeiro, somente em favelas, havia cerca de um milhão e cem mil habitantes no ano 2000, algo em torno de 19 % (dezenove por cento) da população, dado colhido junto ao IBGE. Na mesma reportagem, segundo o Instituto Pereira Passos, instituição pública ligada ao planejamento urbano carioca, a população das favelas cresceu seis vezes mais que a das áreas formais entre 1991 e 2000 - o aumento foi de 24 % (vinte e quatro por cento), contra 4% (quatro por cento) da cidade formal. A mesma proporcionalidade – seis para um - se encontra no Município de São Paulo, desta feita em relação ao aumento da população estabelecida no que se chamou de fronteira urbana, onde as condições são precárias, comparado com aquele verificado na área consolidada, conforme dados reunidos na reportagem da “Folha de São Paulo”, em 27/07/04.

O fenômeno não é exclusivo das duas grandes metrópoles. Em matéria do Jornal “O Globo”, (14/11/03), o então Ministro das Cidades revelou que 85 % (oitenta e cinco por cento) dos Municípios brasileiros têm favelas ou outras formas de moradia em condições precárias. É certo que há variação de números ao longo do território nacional, mas o mesmo órgão federal considera o déficit habitacional atualmente da ordem de seis milhões e seiscentas mil unidades.

Tudo isso reforça a proposição no sentido de que o Plano Diretor caminhe para formulação de ações concretas. É bem verdade que o avanço do nosso Direito quanto à força normativa dos princípios e das normas programáticas (objetivos e diretrizes) confere expectativas sobre o aumento do grau de determinação daquele instrumento básico, em qualquer hipótese. Outra contribuição para esse processo advém do condicionamento da legislação financeira ao planejamento urbano, por força do Estatuto da Cidade. Mas as respostas às enormes demandas do nosso desenvolvimento urbano já tardaram por demais, e ao próprio Plano Diretor cumpre se permitir papel mais afirmativo para a transformação dos espaços habitáveis. É curioso constatar, na prática, seu afastamento de uma linha mais típica para o planejar; com efeito, dificilmente os Planos Diretores estabelecem metas ou mesmo prazos para a efetivação de medidas concretas; praticamente tudo, inclusive a legislação, fica por se construir, de acordo com algumas diretrizes; os prazos, se existem, costumam ser para a formulação de outros planos específicos ou mesmo programas.

Tal situação, reafirme-se, não deve ser entendida como totalmente inócua do ponto de vista jurídico; ela é capaz de gerar efeitos concretos, e até mesmo responsabilizar algumas autoridades que se omitem nas providências demandadas no Plano Diretor. A Lei Federal n 8.429/92, por exemplo, prevê como improbidade administrativa o retardamento ou a omissão na prática de ato de ofício pela autoridade competente.³⁶⁷ É freqüente também que as Leis Orgânicas

³⁶⁷ Art. 11, II.

prevejam comportamento semelhante (omissão) como infração político-administrativa do Prefeito, situação que enseja a perda de mandato.

Ainda assim, quanto mais o Plano Diretor se pautar por generalidades, quanto mais se voltar para diretrizes de ações, sem data nem local para se concretizarem, maior a dificuldade para extrair disso tudo um mandamento comprometido com a transformação imediata, ou pelo menos com seu início.

Contra essa tendência, o Plano Diretor de Petrópolis contém proposições interessantes. Há um extenso anexo onde são previstas ações mestras e instrumentos disponíveis para as políticas públicas. Na leitura atenta percebem-se situações melhor concatenadas que outras, dando conta de medidas concretas com prazo para suas realizações. No tocante à política pública de meio ambiente, por exemplo, prevê-se como ação mestra, entre outras, a criação de parques ecológicos com visitação controlada, objetivando a divulgação das riquezas naturais do Município e sua preservação. Nesse sentido entre 2003/2004 deveria ser montado banco de dados e criado pelo menos um parque ecológico, como projeto-piloto, apontando-se, no Plano Diretor, a preferência do local; em 2005 haveria a avaliação de resultados e estudos para a implantação de novos parques; até 2012, pelo menos mais um segundo parque deverá ser criado. Quanto à defesa civil, há previsão de cadastramento das áreas de risco; entre 2003/2004, a partir de estudos realizados, seria desenvolvido o cadastro, o qual deveria estar pronto em 2005 e passaria a integrar o sistema de planejamento municipal.

O Plano Diretor de São Paulo adotou solução de outra ordem para fazer avançar sua efetividade. Anualmente, o Executivo apresentará à Câmara Municipal e ao Conselho Municipal de Política Urbana relatório de gestão da política urbana e o plano de ação para o próximo período, devendo o mesmo ser publicado no Diário Oficial do Município.³⁶⁸

De uma forma ou de outra, com maior ou menor densidade, o Plano Diretor costuma cogitar medidas a serem implementadas pelo Município. Ali se encontram normalmente ações relacionadas à habitação, ao saneamento básico, à proteção do ambiente natural e histórico, ao transporte, entre outros pontos. Dependendo da abrangência temática, isso pode extravasar do plano marcadamente urbanístico e alcançar áreas como saúde, educação etc.. Para multiplicar as hipóteses, assistimos às proposições mais diversas, ligadas ora à organização institucional (criação de órgão ou de fundo), ora à modificação do ordenamento jurídico (elaboração/revisão de lei), sem se esquecer da menção a planos, programas ou mesmo ações materiais mais específicas (desassoreamento de um rio, instalação de equipamentos comunitários em determinado bairro etc.) O universo aqui é amplíssimo, a tal ponto que não se revela compatível com os

³⁶⁸ Art. 281 da lei Municipal 13.430/02.

propósitos deste trabalho nem mesmo esquadriñar a abordagem conveniente aos Planos Diretores nesse campo.

Das ações concretas usualmente tratadas no Plano Diretor, este livro destaca, a título de exemplo, aquelas que se abrigam sob a idéia da regularização urbanística e fundiária. A escolha ocorre porque há semelhanças no fenômeno ao longo do país, mas principalmente porque a situação encerra problema de elevada dimensão social, que aflige a estrutura de nossas cidades.

3.6.2 - REGULARIZAÇÃO URBANÍSTICA E TITULAÇÃO PARA A POSSE

A precariedade (material e/ou jurídica) da habitação é, lamentavelmente, um dos problemas mais graves da sociedade brasileira. Para além dos dramas pessoais e familiares, o pior é constatar que não estão aqui casos isolados; definitivamente, não são exceções à regra. A moradia representa um dos custos mais caros nas sociedades contemporâneas submetidas ao sistema capitalista.³⁶⁹ Em um país com população predominantemente pobre e com capacidade comprometida para investimentos públicos, a habitação popular costuma apresentar soluções temerárias, não raro improvisadas, muito ruins do ponto de vista da habitabilidade e sem qualquer segurança jurídica da posse; tal insegurança decorre, por vezes, da existência de legislação restritiva quanto à construção no local ocupado; em outros casos, por inexistir, para o possuidor, o chamado “justo título” em relação ao direito de propriedade.

Nessas condições, não há como construir sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. Mais comum é que o quadro produzido seja o de segregação espacial, com agravamento da miséria e desigualdade social. Tudo isso requer ainda mais intensamente a atuação direta do Estado em prol da moradia, por se tratar de questão vital para a população e que, conseqüentemente, repercute no desenvolvimento nacional sustentável, influenciando a saúde, o acesso às oportunidades sociais (e a inserção social), a produtividade no trabalho etc..

Todos esse pontos convergem para a Constituição da República definir, de modo mais específico, como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais (e de saneamento básico).

³⁶⁹ Em entrevista concedida ao jornal *Folha de São Paulo*, 10 out. 2004, o Prefeito de Barcelona declarou que, na sua cidade, cerca de 20% (vinte por cento) da habitação é produzida pelo Poder Público, para assegurar o atendimento das camadas mais pobres, demonstrando, portanto, que a intervenção pública em prol da habitação popular não é questão exclusiva dos “países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos”.

Esse mandamento, por sinal, hoje deve ser visto como consequência do direito social à moradia.³⁷⁰ Como ensina José Afonso da Silva,

“(...) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.³⁷¹

Na sequência da obra, o ilustre constitucionalista explicita a conexão direta entre os direitos sociais e o direito da igualdade, pois representam o compromisso estatal em diminuir as diferenças sociais, assegurando-se, pelo menos, um mínimo básico para todos. O dever de agir do Estado é indeclinável, porquanto figura no pólo passivo da relação que constitui os direitos sociais, como indica a lição acima. Se a todo direito costuma corresponder um dever, que assegure aquela pretensão, no caso dos direitos sociais a obrigação se volta mais claramente contra o Estado e demais entidades que compõem a esfera pública (autarquias, fundações, concessionárias de serviço público etc.). Descabe, todavia, imaginar, de imediato, a obrigação de assegurar moradia digna a toda a população.³⁷² Lembre-se aqui a evolução acerca da efetividade dos direitos sociais e das normas programáticas em nosso Direito.

Já está bastante claro, entre nós, o dever de abstenção do Poder Público no tocante a agir em desacordo com os desígnios emanados dos direitos sociais e das normas programáticas. Em condições normais, a contradição é inaceitável. Em casos mais complexos pode ocorrer que uma outra atribuição estatal, isoladamente considerada, requeira medida oposta ao direito social à moradia. Esse “choque” é observado, por exemplo, em áreas ambientalmente frágeis, ocupadas imprópriamente por população de baixa renda, onde a proteção ao meio ambiente recomendaria o desfazimento das ocupações. Em situações como essa, nenhum dos vetores deve ser tomado como referência única para a solução do caso: necessário será recorrer à ponderação de interesses, método de interpretação já abordado nesta obra.

Mais importante é reafirmar que nosso Direito tem se permitido avanços que tornam exigíveis ações afirmativas em prol dos direitos sociais. Nesse sentido, há de se considerar que a questão habitacional é imprescindível para a promoção do desenvolvimento urbano, obrigação do Município (art. 182). Não é difícil compreender, como a literatura urbanística aponta, que a habitação é o núcleo essencial e elementar do tecido urbano; conseqüentemente, deve ser também a referência principal da atividade urbanística. Recorra-se mais uma vez à lavra de

³⁷⁰ As referências são, respectivamente, ao artigo 23, IX da Lei Maior e ao artigo 6º da Lei Maior, este último com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

³⁷¹ *In Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 258. É praticamente idêntica a lição de Alexandre Moraes sobre o tema na obra *Direito Constitucional* (São Paulo: Atlas, 2003, p. 202).

³⁷² A esse respeito, entre outros, cabe citar o magistério de Nelson Saule Júnior, *In A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*, edição citada, p. 182 - 183

Nelson Saule Júnior, ao afirmar que “o Município, em razão de ser o principal ente federativo responsável pela execução da política urbana, tem que desenvolver uma política habitacional de âmbito local”.³⁷³ Os temas não estão só associados: o enfrentamento da questão habitacional é o ponto central para promoção da função social da cidade e para o bem-estar de todos, ou em outras palavras, para promover o desenvolvimento urbano.

O dever de efetivar o direito social à moradia, que passa pela melhoria das condições habitacionais – melhoria no plano material e no plano jurídico - e o dever de o Município promover o adequado ordenamento territorial fazem da remoção e do reassentamento de população de baixa renda medidas absolutamente extremas, a depender de circunstâncias especialíssimas.

A política municipal de habitação precisa, portanto, ser elaborada com a seguinte perspectiva: sempre que viável, a regularização urbanística é a medida a ser adotada pelo Município diante da ocupação irregular; em outras palavras, exceto em caso de absoluta incompatibilidade com outro dever estatal que esteja manifestamente comprometido com a ocupação, como a proteção à saúde pública, a regularização é a única medida aceitável.

Tanto é assim que o Estatuto da Cidade arrola, entre suas diretrizes, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (art. 2, XIV).

Note-se que hoje soa difícil até mesmo invocar qualquer tipo de interesse público para desconstituir ocupação irregular, especialmente aquela classificável como consolidada, quando os laços sociais já se formaram e as famílias já se organizaram a partir da localização da moradia. Para desfazer esse quadro, há de se demonstrar necessidade imperativa, sem alternativa razoável para realização do dever estatal que clamaria tal providência. Nota-se aqui a presença dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como elementos capazes de trazer luzes e balizas para a decisão.

Seria altamente polêmico, por exemplo, opor a simples existência de projeto urbanístico a requerer outra destinação para aquela área, como a instalação de parque industrial ou mesmo o desenvolvimento do turismo e/ou lazer.³⁷⁴ Em todo e qualquer caso, porém, normalmente será exigível que o próprio Poder Público ofereça habitação em local próximo ao desocupado ou mesmo que dê condições materiais às famílias para proverem a própria moradia, conforme seus interesses, em outra localidade.

³⁷³ Idem, p. 204.

³⁷⁴ Tal observação se faz aplicável inclusive para delimitar o disposto nos incisos II e IV do artigo 5º da Medida Provisória 2.220/01, a qual faculta ao Poder Público assegurar a concessão de uso especial para fins de moradia em outro imóvel, distinto daquele efetivamente ocupado.

Os problemas jurídicos dos assentamentos informais costumam ser de dois tipos. De um lado, fica o desatendimento das regras de parcelamento, uso e ocupação do solo; do ponto de vista formal, aqui é possível falar em irregularidade, de cunho urbanístico. De outro lado, está a inexistência de situação jurídica apta a assegurar aos ocupantes, contra tudo e contra todos, a permanência no imóvel; faltaria o “justo título”, mas nesse caso a expressão irregularidade é usualmente desarrazoada, como será demonstrado mais à frente. Compreendidas essas diferenças, percebe-se que a expressão “regularização fundiária” tem sido utilizada de modo distinto, ora para acolher as duas hipóteses, ora mais especificamente para tratar da questão do acesso à terra (titulação). Pela diversidade de situações, tanto na origem, quanto no tratamento, afigura-se oportuno adotar nomes distintos. Para a primeira, entendo que a expressão “regularização urbanística”, utilizada com certa frequência, é apropriada; para a segunda, considero que a melhor forma de tratar o assunto é pelo nome de “titulação”, afastando-se inclusive a referência à regularização, porque, em geral, a posse não é situação irregular diante de nosso ordenamento jurídico.

A regularização urbanística

Quanto à regularização urbanística, a competência municipal não é só significativa: é decisiva. A regularidade ou irregularidade de uma casa define-se basicamente pelas regras locais, afinal ao Município compete ordenar o parcelamento, uso e ocupação do solo para fins urbanos; conseqüentemente a chamada regularização deve ser trabalhada, na grande maioria, dos casos em torno da competência municipal.³⁷⁵

Em condições normais, uma situação de fato que viola as normas de direito público, como são as normas urbanísticas, não há de prosperar. A legalidade, bem como o interesse público, requerem a reparação da ordem jurídica e o desfazimento daquilo que não se conforma à legislação. Isso lança incertezas sobre a ocupação irregular, gerando insegurança social.

Ocorre que ao exame mais minucioso não basta apreciar o cumprimento ou não dos parâmetros urbanísticos estabelecidos; há uma série de valores envolvidos, sobretudo em se tratando de área ocupada por população de baixa renda. Como já foi dito, o direito social à moradia, bem como os objetivos de

³⁷⁵ Manifestamente, não se pode perder de vista as situações excepcionais, em que normas federais ou estaduais trazem restrições diretas ao aproveitamento do solo, como, por exemplo, em áreas de proteção ambiental ou relacionadas à execução de serviço ou bem público (rodovias, aeroportos etc.); nesse contexto excepcional, vivenciado mais em alguns Municípios do que em outros, há uma superposição de normas que, por vezes, excluem dos agentes públicos locais a capacidade de, sozinhos, regularizarem a ocupação verificada sobre um terreno; conforme o caso, aí será necessário arranjo delicado entre as entidades federativas envolvidas.

erradicação da marginalização da pobreza e diminuição das desigualdades sociais indicam que a regularização deve ser buscada, sempre que possível, com a manutenção dos moradores de baixa renda no local ocupado. O Estatuto da Cidade, repita-se, é claro nesse sentido e inclusive indica a forma apropriada para ela ocorrer: “mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais”.³⁷⁶

Mais uma vez nota-se aqui a perspectiva da particularização do nosso Direito, cujas regras serão produzidas para o caso concreto; aliás, aqui se firma um elemento ainda mais diferenciado em relação ao Direito Moderno: as normas jurídicas serão definidas a partir da realidade social em que elas incidirão, considerando-se as pessoas envolvidas no fato jurídico; não se parte de compreensão uniforme para todos os homens ou para um grupo de pessoas pensadas em abstrato. Isso não ocorre à toa; reflete, antes de tudo, uma visão crítica sobre as normas urbanísticas brasileiras.

A premissa de editar normas gerais e abstratas (idealismo jurídico), associada à adoção de padrões de qualidade urbana de alto nível (idealismo urbanístico), teve seu reflexo econômico natural: o encarecimento do solo aproveitável; se considerarmos que boa parte de nossa população sempre viveu com baixíssima remuneração ou mesmo sem remuneração regular, não é necessário mais nada para compreender por que os índices de irregularidade urbanística são tão altos no Brasil, a tal ponto que permite ainda mais a discussão sobre o que é regularidade e o que é irregularidade nestas terras. Entretanto, não se deve ser ingênuo a ponto de considerar o quadro como mero fruto de idealismos, pois decerto a combinação atendeu a importantes expectativas de uma outra parte de nossa sociedade, menor numericamente, mas muito mais importante para a estrutura do poder instalado no país.

Como é de amplo conhecimento, antes mesmo do Estatuto da Cidade propagar a diretriz da regularização, muitos Municípios já continham em sua legislação previsão semelhante, fosse em Leis Orgânicas, Planos Diretores ou normas mais específicas. Mais do que isso, em alguns deles verificou-se a criação do instrumento que, dentro da lógica do zoneamento, promovia exatamente a edição de parâmetros urbanísticos especiais, que traduzissem a realidade das ocupações informais. Modificava-se a legislação para tornar lícito aquilo que, pela letra fria da lei, seria ilícito.

A referência acima aplica-se, certamente, às chamadas Zonas de Especial Interesse Social (ZEIS) – em alguns locais são chamadas de Áreas de Especial Interesse Social (AEIS) –, que representam “a flexibilização dos parâmetros urbanísticos quanto ao uso, ocupação e parcelamento do solo, a partir do reconhecimento das tipicidades locais, para facilitação da regularização

³⁷⁶ Art. 2, XIV da Lei Federal nº 10.257/01.

fundiária do assentamento”.³⁷⁷ Ou seja, o Município identificará como zona especial a extensão territorial ocupada por população de baixa renda, como as favelas ou loteamentos irregulares, de modo a editar índices urbanísticos específicos. Tais regras deverão refletir, na medida do possível, os parâmetros de fato vivenciados no local, afastando-se aqueles até então aplicáveis, que deixavam os moradores na ilegalidade. As primeiras experiências nesse sentido remontam ao início da década de 1980; desde então é freqüente que a flexibilização também se dê em caráter preventivo, objetivando facilitar a ocupação organizada de vazio urbano, com vistas à habitação popular.

Porque são variadas as formas de irregularidade urbanística (loteamentos irregulares ou clandestinos, favelas, alterações de conjuntos habitacionais etc.), e também porque há diversidade de circunstâncias para essas ocupações se desenvolverem (áreas públicas ou ambientalmente frágeis etc.) não é raro que os Municípios contemplem tipos distintos de ZEIS. Por vezes, é o próprio Plano Diretor que já prevê a tipologia correspondente.

Em Santo André, por exemplo, as ZEIS são subdivididas em quatro categorias, a saber:

- **ZEIS A** - áreas públicas ou particulares ocupadas por assentamentos de população de baixa renda na Macrozona Urbana, devendo o Poder Público promover a regularização fundiária e urbanística, com implantação de equipamentos públicos, inclusive de recreação e lazer, e comércio e serviços de caráter local;
- **ZEIS B** – terrenos não edificadas e imóveis subutilizados ou não utilizados, localizados na Macrozona Urbana, necessários à implantação de programas habitacionais de interesse social, que deverão ser urbanizados e dotados de equipamentos públicos;
- **ZEIS C** - terrenos não edificadas e imóveis subutilizados ou não utilizados, localizados na área do Projeto Eixo Tamanduatehy onde haja interesse público em produzir Habitação de Interesse Social e Habitação de Mercado Popular;
- **ZEIS D** - núcleos residenciais de baixa renda, existentes ou consolidados, localizados na Macrozona de Proteção Ambiental, devendo o Poder Público promover a regularização fundiária, urbanística e ambiental, com implantação de equipamentos públicos, comércio e serviços de caráter local.³⁷⁸

³⁷⁷ ALFONSIM, Betânia de Moraes. **Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997, p.27. O conceito dá conta da expressão mais conhecida a título de ZEIS, exatamente aquela associada à regularização urbanística. Vale considerar que sob a mesma nomenclatura se abriga também a hipótese de alteração de parâmetros em áreas não ocupadas, objetivando facilitar futuros empreendimentos para habitação popular.

³⁷⁸ Art. 62 da Lei Municipal nº 8.696/04

Em Campina Grande do Sul, prevê-se que, para fins de regularização urbanística e fundiária, serão implantadas Áreas de Especial Interesse Social nos seguintes assentamentos habitacionais: loteamentos destinados à população de baixa renda, carentes de infra-estrutura e equipamentos urbanos, segundo cadastramento municipal, desde que não se encontrem em área imprópria para parcelamento do solo; assentamentos subnormais em condições precárias de habitabilidade ocupados por população de baixa renda, em áreas de fragilidade ambiental já comprometidas pela ocupação e de fácil integração à malha urbana, reconhecidos e cadastrados pelo Município.³⁷⁹ Como é usual, também ali a AEIS é utilizada para futuros empreendimentos relacionados à habitação popular.

Ambos os Planos Diretores citados já identificam certas frações do território para enquadramento como ZEIS (ou AEIS), mediante mapas anexos ao texto legal.

O Plano Diretor de Macapá, por seu turno, divide a implantação de Áreas de Interesse Social 1, voltadas para a regularização fundiária e urbanística, em três grandes grupos e para cada qual já identifica algumas localidades.³⁸⁰ Para os loteamentos populares destinados à população de baixa renda, carentes de infra-estrutura e equipamentos urbanos, reconhece oito casos. Para a ocupação residencial nas áreas constantemente alagadas (conhecidas, por lá, como ressacas) já comprometidas com aterramento e próximas à área central da cidade de Macapá, contempla seis ocupações específicas. Por fim, enquadra os assentamentos subnormais em condições precárias de habitabilidade, ocupados por população de baixa renda e localizados em áreas de fragilidade ambiental já comprometidas pela ocupação, mas de fácil integração à malha urbana; nesse contexto reconhece, de imediato, oito localidades.

Questão a merecer maior reflexão diz respeito à forma de definição dos parâmetros urbanísticos. É freqüente que os Planos Diretores prevejam a fixação desses índices (taxa de ocupação do solo, recuos, altura máxima etc.) por decreto. A justificativa é bastante razoável: as ZEIS trabalham para validar a realidade urbanística, tanto é assim que costumam demandar prévio levantamento de campo, de modo a orientar a normatização final. A definição, pois, será mais um registro, uma “fotografia” do que propriamente uma deliberação sobre o que deve ser, exceto nos casos onde sejam considerados insustentáveis certos padrões praticados.

Pelo princípio da legalidade e pela vinculação do desenvolvimento urbano ao planejamento, tal hipótese requer sempre prévia sistematização no ordenamento jurídico, a permitir a ação estatal correspondente: a regularização; mas, em certa linha de raciocínio, à lei formal seria dado optar para que a definição dos parâmetros urbanísticos decorresse diretamente das atividades dos

³⁷⁹ Art. 120 da Lei Municipal nº 049/04.

³⁸⁰ Art. 129 da Lei Municipal Complementar nº 026/2004. As Áreas de Interesse Social 2 são aquelas que se destinarão a programas de construção de casas populares.

agentes públicos e de atos emitidos por eles, como decretos, sem precisar da chancela do Poder Legislativo. Vale notar que é bastante usual, na lei geral disciplinadora das ZEIS, não necessariamente o Plano Diretor, a fixação de alguns (poucos) parâmetros mínimos e/ou máximos a serem observados, especialmente quanto aos lotes e áreas públicas.

Por tudo o que já se disse, a questão não é totalmente pacífica. De uma forma ou de outra, ela envolve o direito de construir e, em última análise, de utilizar e modificar o imóvel; tradicionalmente, para tanto se requer definição por lei formal. Trata-se de limitação à propriedade, a estabelecer a extensão do próprio direito individual. Do ponto de vista jurídico, não há dúvidas de ser mais prudente, sempre, o estabelecimento dos parâmetros urbanísticos mediante lei e não por ato do Poder Executivo. Nesse sentido foi a escolha do Plano Diretor do Rio de Janeiro de 1992, o qual exige a edição de lei para a hipótese em exame.³⁸¹

O Plano Diretor de Porto Alegre contém interessante abordagem sobre o tema. Dispõe-se ali que a instituição das AEIS, para fins de regularização fundiária, se dará por decreto; já a definição do regime urbanístico será por lei ordinária nos casos de índices ligados ao aproveitamento do solo e à densificação; em relação ao uso e aos demais indicadores, caberá solução por decreto.³⁸²

A exigência de lei formal para disciplinar alguns índices urbanísticos das ZEIS parece ocorrer também no Plano Diretor de Santo André. De modo genérico, ao contemplar as Zonas Especiais, estabelece, em regra, a obediência aos parâmetros vigentes para o uso do solo e para os coeficientes de aproveitamento da Zona onde se localizam. Quanto aos demais índices, a definição ficará a cargo das leis municipais que regulamentarão cada uma das zonas especiais.³⁸³

De um modo ou de outro, por lei ou decreto, há o consenso de que cada ZEIS deva ser objeto de plano específico de ação, reunindo os índices peculiares. Esse costuma ser um dos aspectos mais importantes, mas não é o único problema dos assentamentos informais. Faz-se necessário buscar a solução das carências de urbanização dessas áreas (saneamento, áreas de lazer, melhoria das vias de circulação etc.), bem como laborar pela maior proteção à posse exercida. A abordagem clássica vai até aí, associando esse três elementos: regularização urbanística, complemento da urbanização e titulação para a posse.

Todavia, atualmente se destaca a importância de conjugação desse esforço, mais típico da política habitacional, com outras políticas voltadas ao desenvolvimento socioeconômico das comunidades atendidas. Faz todo sentido que seja assim. O quadro a ensejar o assentamento informal é bastante complexo, e certamente tem como principal fator as dificuldades de geração de trabalho e renda para a população. Isso fica evidente em certos processos de regularização

³⁸¹ Art. 152, § 1º, II e VI da Lei Municipal Complementar nº 016/92.

³⁸² Art. 78 da Lei Complementar Municipal nº 434/99.

³⁸³ Art. 59 e §§ da Lei Municipal nº 8.696/04.

fundiária, onde o êxito da urbanização, ao estabelecer área minimamente digna e com segurança da posse, por vezes, provoca o êxodo de parte dos moradores que, sem aumentar sua renda, cedem formal ou informalmente os direitos sobre o imóvel a quem pague por eles.

O Plano Diretor de Chapecó preconiza a elaboração de Plano de Regularização para cada AEIS, a ser estabelecido por decreto do Poder Executivo Municipal, após aprovação prévia do Conselho Municipal de Desenvolvimento Territorial. Ele deverá prever: diretrizes, índices e parâmetros urbanísticos para o parcelamento, uso e ocupação do solo e instalação de infraestrutura urbana, respeitadas as normas básicas estabelecidas no próprio Plano Diretor e as normas técnicas pertinentes; diagnóstico da AEIS que contenha no mínimo a análise físico-ambiental, urbanística e fundiária, informações sócio-econômicas da população residente e levantamento topográfico-cadastral; as intervenções urbanísticas necessárias à recuperação física e ambiental da área, incluindo, de acordo com as características locais, sistema de abastecimento de água e solução de esgotos, drenagem de águas pluviais, coleta regular de resíduos sólidos, iluminação pública, adequação dos sistemas de circulação de veículos e pedestres, eliminação de situações de risco, estabilização de taludes e de margens de córregos, tratamento adequado das áreas verdes públicas, instalação de equipamentos sociais e usos complementares ao habitacional; instrumentos aplicáveis para a regularização fundiária; condições para o remembramento de lotes; forma de participação da população na implementação e gestão das intervenções previstas; atividades de geração de emprego e renda; plano de desenvolvimento social.

Merece destaque a participação popular nesse processo. É necessário aprofundar nossa democracia, o que passa por buscar legitimidade mais plena das regras jurídicas; até mesmo em prol da maior efetividade social dessas normas. Tal observação não se limita ao plano filosófico ou político: é uma opção de nossa ordem constitucional. Por se tratar de verdadeiro plano de ação municipal, é aplicável o mandamento sobre a participação de entidades representativas da sociedade civil nesse processo. Na realidade, a gestão democrática da cidade, prevista como diretriz no Estatuto da Cidade, deve conduzir à participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos e projetos de desenvolvimento urbano.³⁸⁴

Vale o registro geral de que as experiências da década de 1980, relacionadas à regularização de assentamentos informais, já contemplavam, de alguma forma, essa condicionante, conquanto não houvesse previsão expressa em nosso ordenamento nacional sobre a gestão democrática das cidades; o que não se pode afirmar é que isso tenha sempre se traduzido em realidade prática, como, aliás, hoje não estão imunes a fraudes.

³⁸⁴ Art. 2º, II da Lei Federal nº 10.257/01.

De qualquer sorte, comissões locais de gestão, compostas por representantes dos atuais ou futuros moradores e do Poder Executivo Municipal, deverão participar de todas as etapas de elaboração do plano de regularização e de sua implementação, como inclusive prevê muitos Planos Diretores.³⁸⁵

A titulação para a posse

A regularização urbanística nem sempre resolve, de uma vez por todas, a segurança da posse nos assentamentos informais. Mais claramente ela determina que o possuidor não seja removido por imposição urbanística; lida, portanto, com a relação entre aquele sujeito e o Município, relação essa decorrente do poder de polícia municipal, exercido para assegurar a adequação do aproveitamento dos imóveis ao interesse da coletividade no trato do desenvolvimento urbano.

A propriedade, porém, é questão de múltiplas faces, a desenvolver um feixe de relações distintas, com sujeitos diferenciados; o possuidor, nos fixemos nele, é aquele que de fato exerce poderes visíveis sobre um determinado bem; de maneira ampla, pode ser o proprietário, ou alguém que mantém relação contratual com ele, ou ainda pessoa que, independentemente do proprietário, assume o controle físico do bem, por iniciativa própria. Nos dois primeiros casos é que se fala na existência do justo título, registrando relação jurídica diretamente associada à propriedade, capaz de assegurar o direito de usar o imóvel. Em todo caso, com ou sem justo título, a posse é o comportamento que figura como expressão visível e típica de domínio (propriedade), mas não necessariamente decorre dele. Como esclarece Caio Mário da Silva Pereira,

“(...) em todas as escolas está sempre em foco a idéia de uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a. É assim que procede o *dono* em relação ao que é seu; é assim que faz o que tem apenas fruição juridicamente cedida por outrem (locatário, comodatário, usufrutuário); é assim que se porta o que zela por coisa alheia (administrador, inventariante, síndico); é assim que age o que se utiliza de coisa móvel ou imóvel, para dela sacar proveito ou vantagem (usufrutuário). Em toda posse há, pois, uma coisa e uma vontade, traduzindo relação de fruição”.³⁸⁶

Como no caso do proprietário ou de quem tenha contrato com ele (usufrutuário, comodatário, locatário etc.) existem nomes específicos para o titular do direito, a qualificação de possuidor é mais utilizada para designar aquele que

³⁸⁵ É o caso de Chapecó (Lei Complementar Municipal nº 202/04, art. 186, § 1º).

³⁸⁶ In **Instituições de Direito Civil** – Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 14.

tem tão somente a posse pela posse, sem qualquer apoio na relação de propriedade.

É importante que se diga que a partir do bem que controla fisicamente, o possuidor relaciona-se com as demais pessoas da sociedade. Contra a grande maioria da população ele pode defender, inclusive em juízo, a posse, mesmo sem possuir título formal a lhe conferir direito sobre o imóvel (normalmente, um contrato). Isso deixa clara a inadequação de se enxergar a posse nessas condições como ilegal ou irregular: nosso ordenamento jurídico valoriza tanto a posse, que permite a seu titular protegê-la contra terceiros que, porventura, venham perturbá-la.³⁸⁷ A posse é claramente um direito, ao qual corresponde um grupo de ações, chamadas de possessórias.³⁸⁸ A situação do possuidor, porém, se fragiliza diante da reivindicação promovida por quem detenha título formal que represente o direito de possuir o imóvel; sobremaneira o enfraquecimento se dá contra o proprietário, que tem a faculdade de reaver a coisa. Sob um ponto de vista tradicional, esta outra pessoa (proprietário, enfiteuta, usufrutuário) estaria melhor amparada pelo Direito. É exatamente por esse motivo que a posse, sem o “justo título”, costuma trazer insegurança jurídica.

Afora os problemas de ordem psicológica e social decorrentes desse quadro, que afetam toda a família, há conseqüências mais imediatas do ponto de vista jurídico: a posse tende a ser sub-reconhecida como um verdadeiro direito merecedor de proteção; ainda há quem advogue ser um simples fato protegido pelo Direito. Sob o prisma econômico, observam-se limitações no tocante a considerá-la como bem patrimonial com efetivo valor. Embora seja comum a venda da posse, entre a população mais pobre, que não tem mesmo acesso ao mercado formal, as instituições de crédito não a admitem como garantia para financiamento do que quer que seja. Essa população fica extremamente prejudicada na capacidade de contrair dívidas, reduzindo seu acesso ao sistema de crédito, dificultando-se ainda mais a superação da pobreza. Alguns falam aqui em capital morto, porque parte das economias da família foram investidas nesse bem, mas sem representar, para todos os efeitos, aumento do patrimônio familiar.

Além de tudo isso, dependendo da real ameaça de desfazimento da posse, diante da reivindicação do particular, é compreensível que o próprio Poder Público, em alguns casos, sinta-se inseguro em promover investimentos para a melhoria do assentamento.

Cabe aqui mencionar que o novo Código Civil permite margem para modificação dessa relação de fragilidade do possuidor, mesmo perante o proprietário. O Código anterior era no mínimo contraditório quando afirmava que não obstava a manutenção ou reintegração na posse, a alegação de domínio ou

³⁸⁷ Art. 1210 do Código Civil.

³⁸⁸ Ver, por exemplo, a lição de Orlando Gomes em **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 27 - 28.

de outro direito sobre a coisa, ao mesmo tempo em que determinava que não se devia, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencesse o domínio.³⁸⁹ Essa previsão certamente inspirou nosso Supremo Tribunal Federal a estratificar seu entendimento sobre a questão na Súmula 487, segundo a qual “será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

Pois bem, o Código Civil em vigor retirou exatamente a referência final, em favor do proprietário; hoje simplesmente afirma que “não obsta a manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”.³⁹⁰ Ainda é cedo, porém, para diagnosticar qualquer mudança em nossos Tribunais.

A busca do justo título, então, é a busca da segurança da posse perante o proprietário oficial do imóvel ou de qualquer outra pessoa que detenha algum título formal sobre o bem. Em visão mais rigorosa, tal constatação retira do Município a capacidade de legislar sobre a proteção da posse de modo mais amplo, porque em nossa ordem constitucional a competência legislativa municipal diz respeito ou a sua própria organização ou a reger a relação da qual faça parte o Município, seja para impor seu poder de polícia, seja para exercer o fomento do setor privado ou mesmo para gerir os bens municipais. A aquisição por particular de direito sobre imóvel privado é fato inserido no âmbito do Direito Civil; trata-se de situação que compõe a esfera de interesses de particulares, relacionando-se entre si (como no caso do proprietário e do possuidor); como se sabe, a competência para legislar sobre Direito Civil é privativa da União, por força constitucional.³⁹¹ De igual sorte, o Município não pode também assegurar direitos ao possuidor em relação a imóvel público federal ou estadual, situação que, além da mesma restrição acima, teria como impedimento ainda a autonomia dos entes federativos.

Assim, no tocante à posse sobre imóveis que não lhe pertencem, ao Município cabe apenas fazer aplicar a lei, e mesmo assim no que lhe couber. Como é de amplo conhecimento, a usucapião, por exemplo, é assunto a ser resolvido na esfera judicial, não assistindo ao Município o papel de decidir sobre a questão. É a sentença judicial que servirá de título formal para registro da propriedade em favor do possuidor, quando este preencher os requisitos para adquirir o domínio do imóvel. Todavia, já nesse caso, é razoável, ou até mesmo exigível, a ação municipal no sentido de dar apoio técnico, social e econômico para a população de baixa renda, como se verifica em muitos Planos Diretores. Alguns vão além, formulando o dever do Poder Executivo de articular os diversos agentes envolvidos no processo de regularização dos assentamentos precários, como representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, dos Tabelionatos e Cartórios de Registro de Imóveis, dos Governos Estadual e Federal, bem como

³⁸⁹ Art. 505 da Lei Federal nº 3.071/16.

³⁹⁰ Art. 1210, § 2º da Lei Federal nº 10.406/02.

³⁹¹ Art. 22, I da Constituição da República.

dos grupos sociais envolvidos visando equacionar e agilizar os processos de regularização fundiária.³⁹² As obrigações municipais mencionadas acerca do direito social à moradia parecem demandar mesmo esse tipo de providência, descabendo ao Município se omitir diante do quadro: a existência de limites para a atuação municipal indica, em contrapartida, a existência de espaços e dentro deles está o dever de atuar pela afirmação da moradia da população carente, conferindo-lhe a segurança e a dignidade necessárias.

Quando não estiverem presentes os requisitos para a usucapião, outras formas de atuação municipal são imagináveis para se negociar com o proprietário a construção de cenário capaz de conferir maior proteção ao assentamento. A transferência do direito de construir, como já se viu, é uma delas, mas podemos pensar em figuras mais tradicionais, como a aquisição do terreno pela via contratual (permuta, compra-e-venda etc.). Em último caso, até mesmo a desapropriação do imóvel poderá ser cogitada como via adequada, impondo-se ao proprietário a perda do bem, para assegurar a manutenção da população de baixa renda. É claro que, em caso de ser necessário o emprego de verbas públicas, forçoso observar as condições aplicáveis à realização de despesa pela Administração Pública, o que costuma gerar dificuldades.

Evidentemente, a situação é distinta em se tratando de imóvel municipal ocupado por população de baixa renda. Na qualidade de proprietário, o Município pode dispor de seus bens, passando-os ao domínio de particular ou transferindo seu uso. Não é raro que a legislação local assegure, em determinadas condições, o direito subjetivo de manutenção na posse, conferindo-se título jurídico mais específico. Por vezes se prevê a aquisição da propriedade, por vezes um direito de uso por tempo indeterminado ou por longo período. O Plano Diretor de Porto Alegre, por exemplo, estipula que a regularização fundiária de núcleos habitacionais em áreas de propriedade municipal, de suas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista se dará, pela instituição de AEIS, mediante concessão de direito real de uso. Ali também é prevista a possibilidade de desafetação de áreas caracterizadas como bens de uso comum do povo (praças, ruas etc.), mas são indicadas as condições que restringem tal hipótese.³⁹³

Ao cuidar da ocupação de imóvel público por população de baixa renda, impõe-se abordar a figura da concessão de uso especial para fins de moradia.³⁹⁴ Sua constitucionalidade tem suscitado controvérsias. Logo de início fica claro, pelas normas aplicáveis, que representa a aquisição de direito sobre imóvel público. Se atentarmos para alguns requisitos exigidos – posse (ininterrupta e sem

³⁹² Entre outros, é o caso de Araguari (arts. 90, VI, 91 e 94) e Campina Grande do Sul (art. 114 e §§).

³⁹³ Arts. 76, § 7º e 77 da Lei Complementar Municipal nº 434/99.

³⁹⁴ Na época de elaboração deste livro o assunto permanecia previsto pela Medida Provisória nº 2.220/2001, que, mesmo sem ter sido reeditada e sem deliberação pelo Congresso Nacional, continuava em vigor, por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001.

oposição) e tempo mínimo transcorrido – parece realmente impossível diferenciá-la da usucapião. Vale aqui transcrever a lição de José Carlos Moraes Salles, em excelente monografia sobre o tema:

“Podemos, pois, conceituar o usucapião como a aquisição do domínio ou de um direito real sobre coisa alheia, mediante posse mansa e pacífica, com ânimo de dono, durante o tempo estabelecido em lei”.³⁹⁵

Dos ensinamentos acima transcritos, cumpre de imediato destacar que nem só para aquisição de domínio se faz a usucapião. Talvez pela busca da síntese extrema, é corrente a afirmação de que a usucapião é modo aquisitivo da propriedade. A definição é enganosa, pois há outras alternativas; como se verifica na melhor doutrina, incluindo o autor acima citado, a usucapião pode ocorrer também em relação a outros direitos reais.³⁹⁶ Há, por exemplo, vários julgados sobre a usucapião de domínio útil, quando o bem, antes de ser usucapido, encontrava-se em regime de enfiteuse.

Observado isto, poderia assaltar ainda a dúvida sobre considerar-se, como direito real, a concessão de uso especial para fins de moradia. Embora a Medida Provisória nº 2.220/01 não o afirme expressamente, a necessidade de se constituir título formal para fins de registro no Registro Geral de Imóveis dá pistas de estarmos tratando, sim, de direito real.³⁹⁷ É certamente, na análise de sua essência, que o jurista deve confirmar a suposição, como o faz Diógenes Gasparini:

“O concessionário pode tirar do imóvel cujo uso lhe foi concedido pelo poder concedente, de modo exclusivo e contra todos, as vantagens ou utilidades que dito bem possa permitir ou produzir. É, portanto, direito real”.³⁹⁸

No quadro aqui traçado, a forma prevista na Medida Provisória para se alcançar o uso especial para fins de moradia representa, pois, espécie de usucapião.

Ocorre que, ao incidir sobre imóveis públicos, instaurou-se a polêmica. Com efeito, nossa Carta Constitucional, ao prever a usucapião especial urbana, cuidou de asseverar que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.³⁹⁹ Por isso corre em alguns circuitos a proclamação da inconstitucionalidade da concessão de uso para fins de moradia, posição amparada em ampla doutrina a sustentar a imprescritibilidade (impossibilidade de

³⁹⁵ *In Usucapião de Bens Imóveis e Móveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26.

³⁹⁶ Ver também os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições de Direito Civil – Vol. IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 104).

³⁹⁷ Art. 6º e §§.

³⁹⁸ *In O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002, p. 93.

³⁹⁹ Art. 183, caput e § 3º.

usucapião) como característica dos bens públicos. A seu favor, conta-se ainda com a súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal, a afirmar que “desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.⁴⁰⁰ Entre os estudiosos, no entanto, o coro não é unânime.

Os defensores da concessão de uso especial sobre imóveis públicos, nem sempre a apresentam como espécie de usucapião, mas sustentam que a mesma possui esteio constitucional e no próprio artigo 183, desta feita, no § 1º.⁴⁰¹ Se o caput do preceito estabelece os requisitos para ocorrência da usucapião especial urbana, o § 1º refere-se tanto ao título de domínio quanto à concessão de uso. Evidentemente, admitiu-se que, além da propriedade, é possível a aquisição do direito de uso, certamente quando a propriedade não for adquirível por aquela via. Em nosso sistema jurídico, entre as coisas passíveis de apropriação, as únicas sobre as quais há o consenso de que não poderiam ser adquiridas por usucapião seriam aquelas que compõem o patrimônio público.⁴⁰² É importante destacar, todavia, que a aquisição de bem representa, em linguagem corrente e até mesmo nos meios jurídicos, a obtenção da propriedade plena. Ninguém afirma que adquiriu um imóvel, se o tem em apenas em usufruto ou enfiteuse, por exemplo. Assim, o que estaria vedado pela Lei Maior seria a apropriação de bem público pela via da usucapião, impedimento que não se impõe quanto à obtenção de outros direitos reais. Entender o contrário seria inclusive tornar inócua a alusão feita no texto constitucional à concessão de uso, algo que o intérprete deve sempre evitar, sob o pálio de que não há, ao menos em regra, palavras inúteis na lei. Se a referência existe ao título de concessão de uso, é para indicar alguma situação à parte do domínio pleno.

A Medida Provisória associou-se manifestamente a esse entendimento, pois na ementa anuncia dispor sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do artigo 183 da Constituição.

Sendo mandamento imposto desde a Carta Constitucional, descaracteriza-se também o pressuposto de violação à autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios, no tocante à gestão patrimonial; o contorno desses espaços políticos e jurídicos, enfim da autonomia federativa, são dados exatamente pela Constituição da República.

⁴⁰⁰ A súmula foi elaborada há décadas e ajudou a diminuir antiga controvérsia sobre a incidência de usucapião sobre bens dominiais, muito antes da atual ordem constitucional. O Código Civil ali mencionado é o de 1916.

⁴⁰¹ SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico. Ordenamento Constitucional da Política urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 193 - 197.

⁴⁰² Parece ser realmente o melhor entendimento, embora encontre-se na doutrina a defesa da imprescritibilidade também dos bens postos fora de comércio, mesmo que passíveis de apropriação. Tal corrente parte do entendimento improcedente, a meu ver, de que a usucapião é espécie de alienação compulsória. A usucapião, consoante ampla doutrina e jurisprudência, é forma de aquisição originária de direito real.

Associando a leitura, como, aliás, é inevitável fazê-lo, ao princípio da função social da propriedade, tantas vezes externado na Carta Constitucional, e ao direito social à moradia,⁴⁰³ é de se acolher o entendimento pela constitucionalidade da Medida Provisória nº 2.220/2001. A concessão de uso especial para fins de moradia ocorrerá quando, entre outras coisas, o ente administrativo tiver se revelado negligente no cumprimento da função social do imóvel.

Partindo do artigo 183, *caput* e § 1º da Lei Maior, é perfeitamente viável o entendimento acima acatado, que, por sinal, revela a inconstitucionalidade, sim, do prazo delimitado na Medida Provisória para a concessão de uso especial para fins de moradia. Pelo texto legal hoje em vigor, a posse capaz de ensejar o direito em tela não só deveria ser continuada por cinco anos, como também esse período deveria ser completado, no máximo, em 30 de junho de 2001. Sucede que, no *caput* do citado dispositivo constitucional, não há limite temporal para aplicação da usucapião pró-moradia, em qualquer uma de suas variáveis – aquisição de propriedade ou concessão de uso especial. Não se afigura, portanto, apropriado à lei ordinária restringir o que foi assegurado pela Lei Maior de modo mais elástico, especialmente por não se tratar de preceito de eficácia contida (ou restringível), na clássica lição de José Afonso da Silva;⁴⁰⁴ francamente não há nenhuma menção na Lei Maior de que o direito ali assegurado possa ser condicionado – e encolhido – por norma infraconstitucional.

Afastada a limitação temporal, verifica-se que a concessão de uso especial para fins de moradia, em caráter individual, tem por requisitos:

- prazo da posse sem oposição: 5 anos ininterruptos;
- área (ou edificação) de até 250 m² localizado em zona urbana (ou de expansão urbana);
- utilização para fins de moradia própria ou de sua família;
- não ser o beneficiário proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural;
- não ter sido a mesma pessoa beneficiada anteriormente com o mesmo tipo de direito.

Tal qual ocorre para a usucapião especial urbana em imóvel privado, há também a previsão de concessão de uso especial coletivo para fins de moradia. Isso decorrerá da posse exercida em comum por um grupo de pessoas, situação denominada de composses. Nesses casos, eliminada a mesma limitação temporal acima afastada, precisam ser observadas as seguintes condições:

- prazo da posse sem oposição: 5 anos ininterruptos;

⁴⁰³ Arts. 5º, XXIII, 170, III, 182, § 2º e 184; quanto ao direito social à moradia, ver art. 6º.

⁴⁰⁴ As lições do mestre do Direito Constitucional brasileiro são aprofundadas na obra **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998.

- imóvel com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados;
- ocupação por população de baixa renda para sua moradia;
- impossibilidade de identificar os terrenos ocupados por cada possuidor;
- o possuidor a ser beneficiado não pode ser proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.
- A fração ideal atribuída a cada possuidor não poderá ser superior a 250 m².

Diante da controvérsia assinalada acerca da constitucionalidade da concessão examinada, não deixa de ser oportuno ao Município contemplar o assunto, podendo fazê-lo inclusive em seu Plano Diretor, como se vê na prática, para os imóveis municipais.⁴⁰⁵ Com isso será retirada a aura de dúvida existente, pois o Município, como proprietário de bens públicos, está apto a legislar sobre seu patrimônio e dirimir de uma vez por todas as indagações apresentadas. Reafirme-se, porém, a posição pela constitucionalidade da Medida provisória nº 2.220/01.

3.7 - EFEITOS DA PROMULGAÇÃO DO PLANO DIRETOR

A promulgação do Plano Diretor traz efeitos em dois campos distintos: em relação à legislação municipal e em relação à organização social.

Por seu papel de instrumento básico do desenvolvimento urbano, o Plano Diretor condiciona a validade de outras leis; como se viu, além da legislação tipicamente urbanística, também aquela de cunho financeiro deve observar seus mandamentos. Como se faz perceber, trata-se de lei dotada de larga imanência. Mas há efeitos distintos a serem destacados.

Em relação às leis de parcelamento, uso e ocupação do solo, código de obras, código de posturas, licenciamento urbanístico etc., é natural depreender que a validade delas dependerá da compatibilização com o Plano Diretor superveniente. As normas divergentes passarão a ser inválidas, exatamente por não observarem a condição típica do Direito Urbanístico: a fidelidade necessária à peça principal do planejamento urbano. Exaltando-se esse aspecto, há até quem apresente o Plano Diretor como verdadeira Constituição do Direito Urbanístico.

Quanto à legislação financeira, nossa Constituição da República promoveu verdadeira reserva legal específica; as despesas públicas se organizam

⁴⁰⁵ No Plano Diretor de São Paulo, são reproduzidas basicamente as mesmas condições da Medida Provisória.

em torno da lei orçamentária e, conforme o caso, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual. Nesse contexto, o Plano Diretor, de modo automático, teria o condão de tornar inválida a previsão de despesa frontalmente contrária aos seus ditames. Por exemplo, a urbanização de uma área por ação direta do Município, eventualmente contemplada na legislação financeira, restará prejudicada, caso o instrumento básico do desenvolvimento urbano reserve para ela papel incompatível com a urbanização, como no caso de instituir uma unidade de conservação de proteção integral.

Mais delicado é controlar a necessária congruência entre a legislação financeira e o Plano Diretor, quando este não for categórico ao eleger prioridades e fixar calendário para as ações públicas. Mesmo se isso correr, é certo que em casos mais extremos será dado argüir a invalidade das normas orçamentárias desavisadas dos mandamentos fundamentais para o desenvolvimento urbano.

Na esfera da organização social, por tudo o que foi dito aqui, decerto o Plano Diretor adentrará na estruturação do Poder Público municipal. Sua missão precípua é organizar os sistemas de planejamento e de gestão para o desenvolvimento urbano, imprimindo as características necessárias para enfrentar o desafio. A promulgação da lei fundamental da política urbana precisa despejar os ventos democráticos com força suficiente para varrer práticas tradicionais da política brasileira, como o autoritarismo, o paternalismo e o assistencialismo.

Mais especificamente para a sociedade civil, é possível antever que um novo Plano Diretor conterá novos direitos individuais e coletivos.

Em toda mudança profunda da legislação urbanística é corriqueiro perguntar como ficarão os direitos relacionados ao solo urbano, notadamente o direito de propriedade. Para bem responder essa pergunta, é fundamental distinguir direito adquirido e mera expectativa de direito. O primeiro é protegido contra a legislação superveniente, como apregoa nossa Carta Constitucional;⁴⁰⁶ o segundo, não.

Por expectativa de direito, de forma mais ampla, entende-se aqui toda situação a sinalizar potencial proteção jurídica em favor de indivíduo (ou de grupo de pessoas), proteção essa que apenas se concretizará quando preenchidos os requisitos dispostos no ordenamento jurídico. Se, sob a vigência da lei, o sujeito consegue perfazer as condições que asseguram em definitivo o respeito e mesmo a defesa de seu interesse pelo Estado, teremos o direito adquirido.

Pela mutabilidade do interesse público e pela extrema dinâmica do desenvolvimento urbano, não é dado imaginar que os parâmetros de parcelamento, uso e ocupação do solo urbano permaneçam estáticos. A revisão das normas urbanísticas é mais freqüente do que na maioria dos ramos do Direito. O proprietário ou qualquer outra pessoa que tenha interesse em aproveitar os

⁴⁰⁶ Art. 5º, XXXVI.

espaços urbanos não podem invocar a proteção de leis já revogadas, se não lograram beneficiar-se delas. Assim,

“Se alguém, por exemplo, revela seu interesse em estabelecer-se em determinada zona de uso, mas não toma qualquer iniciativa para concretizar sua idéia, isso nada mais significa do que um simples interesse, reconhecido pelo direito, mas não protegido especificamente. Se esse alguém, verificando a lei de zoneamento, conclui que ela autoriza o uso pretendido em dita zona e, se em face disso, adquire um imóvel lá, para instalar-se, tem interesse legítimo que não se modifique o uso, para que possa realmente efetivar seu projeto, mas, se lei nova vem proibir esse uso, sofre ele prejuízo, sem direito de reclamar nada em ressarcimento, pois que sua situação jurídica subjetiva ainda não tinha preenchido os requisitos necessários a uma proteção jurídica específica. Se ele se muniu, antes, de um certificado de uso expedido pelo órgão competente da prefeitura, em que constata o uso permitido na zona, e, com isso, adquire o imóvel, já a sua situação jurídica adquire conotação mais intensa, conforme o conteúdo do certificado, mas não passa ainda de simples expectativa de direito, que na verdade, é uma espécie de interesse legítimo, que também não possui proteção jurídica específica. A mudança de legislação, em tais situações, salvo reserva expressa, não encontra qualquer obstáculo em face delas.

O mesmo se diga de alguém que compra um imóvel para edificação de determinado tipo. Sua situação, pelo menos enquanto não obtiver a aprovação do projeto e a licença de construção, não passará de interesse legítimo ou expectativa de direito”.⁴⁰⁷

Em geral, no Direito Urbanístico é comum divisar o direito adquirido quando o interesse deixa o mundo das hipóteses e se materializa em ação concreta, em conformidade com a lei. Ainda hoje o normal é considerar que, se a ação humana para aproveitar o solo urbano já se iniciou, com a devida aprovação pelo Poder Público, a lei superveniente não teria condições de alcançar esse fato e alterar sua validade. As situações preexistentes ou em curso ficariam protegidas, ao menos nos padrões em que se encontram aprovadas.⁴⁰⁸ Normalmente, quando há inadequação delas com a nova legislação isso costuma ser tratado como uso ou ocupação tolerada.

⁴⁰⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico**, edição citada, p. 265 - 266.

⁴⁰⁸ É a posição clássica sobre o assunto, defendida por Hely Lopes Meirelles, na obra **Direito de Construir**, edição citada, p. 125, 188 - 189.

Faça-se notar que há visões mais restritivas sobre o momento de aquisição do direito de uso ou de construir, mas não é o momento aqui de desenvolver esse aspecto.⁴⁰⁹

Entre todas as conseqüências da promulgação do Plano Diretor, o fato mais notável é o alvorecer dos direitos difusos, que o desenvolvimento urbano necessita constituir e efetivar. Com algum prejuízo de detalhes, tudo isso pode ser resumido na construção das cidades sustentáveis. Não é a toa que o descumprimento da ordem urbana – e do Plano Diretor, portanto - é capaz de ensinar a ação civil pública e, conforme o caso, até mesmo ação popular; a autoria desta última compete a qualquer cidadão. Resta aqui a garantia derradeira para fazer valer o bem-estar dos habitantes de nossos Municípios, os quais certamente precisam lutar em prol da vida digna para todos.

CONCLUSÃO

“Entre luz e sombra, descortina-se a pós-modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras”.⁴¹⁰

Que tempo para, entre fragmentos e frustrações seculares, planejar o futuro... Para o título, um tanto tradicional do capítulo de encerramento desta obra, mais do que nunca se escuta o poeta a bradar: “não me venha com conclusões, a única conclusão é morrer”.

Do ponto de vista do conhecimento humano, vivemos momento de alta complexidade. Parece ainda obscuro o diagnóstico se ocorre a ruptura de paradigmas ou reviravoltas dentro do mesmo sistema sociocultural. Diante do quadro, há apostas e propostas, mas, no fundo, já não há bem a crença na capacidade de antecipar, de modo completo, o porvir. A modernidade que propiciou avanços inegáveis, produziu seus monstros; se salvou vidas com o avanço da ciência, ceifou muitas outras, com o mesmo avanço da ciência e o limbo reservado à ética. A condição pós-moderna acena com incertezas, mas também com uma dimensão de liberdade e respeito ao próximo, que pode se traduzir no ideal de pluralidade; ocorre que, na verdade, nada disso está garantido como se nota no dia a dia, cheio de fúria e intolerância. É possível ficar com o melhor desses dois mundos em confronto? Talvez, sim, mas há também o risco de ficarmos com o pior que eles podem oferecer...

⁴⁰⁹ Nesse sentido, destaque-se o magistério de José Afonso da Silva em **Direito Urbanístico**, edição citada, p. 268 - 272.

⁴¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**, edição citada, p. 2.

Precisamos nos debruçar sobre o real, sem o espírito armado para apreendê-lo e colonizá-lo; a realidade não pode ser apenas um objeto para propósitos meramente instrumentais e utilitários, em favor de uma ordem pragmática e irrefletida. É necessário extrair da vida social os valores e as formas legítimas para caminhar. Nesse sentido a localidade tem papel primordial, com sua vocação à convivência e à solidariedade, apesar de toda a globalização.

Não há como não lembrar aqui de Milton Santos:

“Pode-se dizer que, ao contrário da ordem imposta, nos espaços de fluxos, pelos atores hegemônicos e da obediência alienada dos atores subalternizados, hegemonizados, nos espaços banais se recria a idéia e o fato da Política, cujo exercício se torna indispensável, para providenciar os ajustamentos necessários ao funcionamento do conjunto, dentro de uma área específica. Por meio de encontros e desencontros e do exercício do debate e dos acordos, busca-se explícita ou tacitamente a readaptação às novas formas de existência.

O processo acima descrito é também aquele pelo qual uma sociedade e um território estão sempre à busca de um sentido e exercem, por isso, uma vida reflexiva. Neste caso, o território não é apenas o lugar de uma ação pragmática e seu exercício comporta, também, um aporte da vida uma parcela de emoção, que permite aos valores representar um papel. O território se metamorfoseia em algo mais do que um simples recurso e, para utilizar uma expressão, que é também de Jean Gottmann, constitui um abrigo”.⁴¹¹

É essa busca de sentido que continua a clamar pelo planejamento urbano, atividade fundamental para definir objetivos e meios na transformação dos espaços habitáveis. Há muito o que transformar e, em caráter mais amplo, boa parte do destino desejado está delineado: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades econômicas e a manutenção da pluralidade social. O debate maior está em como fazê-lo.

Pois bem, o Plano Diretor é peça central nesse processo. As considerações ao longo deste livro, fruto de sua envergadura constitucional, não deixam dúvidas sobre sua necessidade, como dúvidas não devem remanescer sobre a impropriedade do planejamento totalitário, embebido de ciência da última safra.

As cidades brasileiras prosseguem com desafios assustadores, e a dificuldade se agrava não porque o Mundo mudou, mas sim porque o Mundo está mudando de modo rápido e intenso, sem uma rota clara. A elaboração de planos e

⁴¹¹ In **Por uma Outra Globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 111 - 112.

de leis que não observem essa dinâmica são aventuras de alto risco; todavia, se a flexibilidade é necessária, o relativismo amplo, geral e irrestrito intimida iniciativas.

A louvável sensibilidade do Estatuto da Cidade, por si só, não basta, porque no tocante à transformação urbana a tarefa principal está com os Municípios, entidade política organizada em torno do espaço onde a convivência intensa e os conflitos se manifestam.

Por isso mesmo, nesse processo de busca de sentido é notável a importância da participação popular. O desenvolvimento urbano é questão eminentemente política e deve ser discutido e vivenciado como tal.

Essa mesma participação é necessária na gestão urbana, atividade que assume extraordinária incumbência nos dias atuais: presidir boa parte das mudanças perseguidas, conforme indicações prévias, mas com destreza própria.

Em suma, a tarefa que nos cabe, essencialmente, é a de transformar o espaço geográfico, com seus elementos diversos e às vezes divergentes, em abrigo generoso, sede de uma vida digna para todos. A forma para empreendê-la, no entanto, deve ser encontrada em cada realidade, sem certezas pré-fabricadas, pairando no ar a impressão de estarmos destinados a um estado de reflexão permanente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFONSIM, Betânia de Moraes. **Direito à Moradia**. Rio de Janeiro: IPPUR/FASE, 1997.
- AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da Cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Dos Instrumentos da Política Urbana**, *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do Solo Criado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005
- ALVES, Aalor Caffé. **Regiões Metropolitanas, Aglomerações Urbanas e Microrregiões: Novas Dimensões Constitucionais da Organização do Estado Brasileiro**, *In Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ARANTES, Otília. **Uma Estratégia Fatal**, *In A Cidade do Pensamento Único*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- ATALIBA, Geraldo. **Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios**. Revista de Direito Público (RDP) nº 10/59.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1997.
- BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva&Cia, 1933.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Efetividade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro - Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo**, *in A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BENEVOLO, Leonardo. **As Origens da Urbanística Moderna**. Lisboa: Presença, 1990.
- BEZNOS, Clóvis. **Desapropriação em Nome da Política Urbana** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. **Plano Diretor Participativo**. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.
- CÂMARA, Jacinto Arruda Câmara. **Plano Diretor** *In Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTELLS, Manuel. **A Questão Urbana**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CASTELLS, Manuel e BORJA, Jordi. **As Cidades Como Atores Políticos**. Revista Novos Estudos, nº 45: Cebrap, 1996.
- CHOAY, Françoise. **O Urbanismo**. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- CORREIA, Fernando Alves. **O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade**. Coimbra: Almedina, 2001.
- COSTA, Regina Helena. **Instrumentos Tributários para Implementação da Política Urbana In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Ed. Forense, 1973.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito de Superfície In Estatuto da Cidade**, São Paulo: Malheiros, 2003.
- DUGUIT, León. **Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. Madri: Librería Esapñola y Extranjera, 1920.
- ENTERRÍA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomás-Ramon. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FAGUNDES, Miguel Seabras. **Aspectos Jurídicos do Solo Criado**, publicado na Revista de Direito Administrativo (RDA) nº 129.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- FARIAS, Paulo José de Leite. **Competência Federativa e Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- FERNANDES, Edésio. **Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: Algumas Notas sobre a Trajetória do Direito Urbanístico no Brasil, In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- FERRÁN, Carlos. **O Efeito Territorial dos 'Grandes Projetos Urbanos' In Cidades em Transformação: Entre o Plano e o Mercado**. Rio de Janeiro: Observatório Imobiliário e de Políticas do Solo, 2001.
- FORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FIX, Mariana. **Parceiros da Exclusão**. São Paulo: Boitempo, 2001.
- FRANCISCO, Caramuru Afonso. **Estatuto da Cidade Comentado**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- GASPARINI, Diógenes. **O Estatuto da Cidade**. São Paulo: NDJ, 2002.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito de Preempção In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- GIDDENS, Anthony. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.
- GOMES, Marcos Pinto Correia. **Considerações Sobre os Imóveis Não Edificados, Não Utilizados ou Subutilizados no Estatuto da Cidade In Novas Leituras de Administração Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, 2002.

- GOMES, Orlando Gomes. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONDIM, Linda M. **Dilemas da Participação Comunitária**. Revista de Administração Municipal nº196.
- GOYTRE, Felix Arias. **Concertações e Operações Urbanas: A Experiência Espanhola, in Cidades em Transformação: Entre o Plano e o Mercado**. Rio de Janeiro: Observatório Imobiliário e de Políticas do Solo, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. **Planejamento Econômico e Regra Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- GRAU, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- HALL, Peter. **Cidades do Amanhã**. São Paulo: Perspectiva, 1995,
- HARVEY, David. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2004,
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1991.
- JACOB, Jane. **Morte e Vida das Grandes Cidades**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- LOMAR, Paulo José Villela. **Operação Urbana Consorciada In Estatuto da Cidade**, São Paulo: Malheiros, 2002.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARICATO, Ermínia. **As Idéias Fora do Lugar e o Lugar Fora das Idéias, in A Cidade do Pensamento Único: Desmanchando Consensos**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- MARICATO, Ermínia. **Brasil, Cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Outorga Onerosa do Direito de Construir In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil Promulgada em 5 de Outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Novos Aspectos da Função Social da Propriedade**, publicado na Revista de Direito Público (RDP), nº 84/39
- MENDONÇA, Jupira Gomes de. **Plano Diretor, Gestão Urbana e Descentralização: Novos Caminhos, Novos Debates, In Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- MENEGASSI, Jaqueline e OSÓRIO, Leticia Marques. **Do Estudo de Impacto de Vizinhança In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MONTEIRO, Yara Darcy Police e SILVEIRA, Egle Monteiro da. **Transferência do Direito de Construir In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.
- MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Direito Urbanístico e Limitações Administrativas Urbanísticas**. Revista de Informação Legislativa, nº 107/108
- MUKAI, Toshio. **Direito e Legislação Urbanística no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MUKAI, Toshio. **Plano Diretor nas Constituições Federais e Estaduais e nas Leis Orgânicas Municipais**. Revista de Direito Público (RDP) nº 14/155.
- MUMFORD, Lewis. **A Cidade na História**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- OLIVEIRA, Dauracy de Senna. **Planejamento Municipal**. Rio de Janeiro: IBAM, 1991.
- PAIVA, Edvaldo Pereira. **Características de um Plano Diretor**. Boletim de Departamento das Prefeituras Municipais nº 13 e 14, 1949.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. IV**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- PINHO, Evangelina Pinho e BRUNO FILHO, Fernando Guilherme. **Da Outorga Onerosa do Direito de Construir In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- PINTO, Victor Carvalho. **Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios e do IPTU Progressivo no Tempo In Estatuto da Cidade Comentado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- REALE JÚNIOR, Miguel e AZEVEDO, David Teixeira. **A Ordem Econômica na Constituição**. Revista de Direito Público (RDP) nº 12/138.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Editora Cultrix.
- Salles, José Carlos Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- SANTOS, Alexandre e BARATTA, Tereza Cristina. **O Plano Diretor e o Governo dos Municípios**. Revista de Administração Municipal nº194.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **Estatuto da Cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SANTOS, Milton. **Por uma Outra Globalização**. São Paulo: Record, 2001.
- SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço**. São Paulo: EDUSP, 2002.
- SANTOS, Paulo. **Formação das Cidades no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2001.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. **Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. **A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São

Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Lucélia Martins Soares. **Estudo de Impacto de Vizinhaça In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2002.

SOUZA, Maria Adélia Aparecida de. **O II PND e a Política Urbana Brasileira: Uma Contradição Evidente, In O Processo de Urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2004

SUNDFELD, Carlos Ari Sundfeld. **O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais, In Estatuto da Cidade**. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes, palestra **A Função Social da Propriedade Urbana e o Estatuto da Cidade**, proferida no Seminário **O Estatuto da Cidade e os Efeitos Jurídicos da Declaração de Inconstitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Centro de Estudo e Debates/Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, 2002.

TOPALOV, Christian. **Da questão social aos problemas urbanos: os reformadores e a população das metrópoles em princípios do Século XX, In Cidade, Povo e Nação – Gênese do Urbanismo Moderno**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

VERDU, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político**. Madri: Editorial Tecnos, 1981.

VILLAÇA, Flávio. **Uma Contribuição para a História do Planejamento Urbano no Brasil, In O Processo de Urbanização no Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2004.

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.