

1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Maximiliano Rosso

Do regime jurídico das sanções urbanísticas

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Maximiliano Rosso

Do regime jurídico das sanções urbanísticas

MESTRADO EM DIREITO

Tese apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do
título de Mestre em Direito Urbanístico
pela Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, sob a orientação do Professor
Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Enrico e Luíza, exemplo de perseverança e dedicação.

Aos meus filhos, Pedro e Olívia, companheiros de todas as ocasiões, fonte constante de alegria e de vitalidade.

À minha esposa Vivien, racional e inspiradora, sempre ao meu lado, sempre a recolocar-me na direção dos meus objetivos.

RESUMO

Maximiliano Rosso

Do regime jurídico das sanções urbanísticas

O presente trabalho tem por objeto, com fulcro no direito positivo pátrio, revelar um regime jurídico próprio às sanções urbanísticas. O desenvolvimento das cidades, recentemente impulsionado pela Revolução Industrial, trouxe grandes contingentes populacionais a espaços físicos reduzidos. E, também, uma série de problemas a todos os seres humanos, seja das cidades, seja do campo.

Entra em cena o direito urbanístico, com a missão de organizar os espaços habitáveis. E, dentre os instrumentos à disposição do direito urbanístico para regular os espaços urbanos, temos as sanções. Trata-se de ramo do direito que adquiriu autonomia, contando com normas específicas e princípios próprios.

Da mesma forma, a atividade administrativa sancionadora também é regida por princípios peculiares. Os princípios sancionadores e urbanísticos se imbricam e se completam, fornecendo o que podemos chamar de regime de direito sancionador administrativo urbanístico. Permitindo-se nortear a atividade sancionadora em face do princípio da função social da propriedade.

PALAVRAS-CHAVE : Urbanismo, Cidades, Direito urbanístico, Sanção, Ilícito, Princípios, Direito Sancionador, Função social da propriedade, Regime jurídico do direito sancionador urbanístico.

ABSTRACT

Maximiliano Rosso

The legal regime of urban law infringements

The present essay intends to reveal the legal regime of urban law infringements, based on the Brazilian legal system. Cities' development resulted, especially after the Industrial Revolution, in significant displacement of population towards urban centers. Bringing around a series of problems to all inhabitants, not only of urban but also of rural areas.

Urban law plays an important role in such scenario, as a means of organizing land usage and inhabitation. Relying, among other means, on the correction of infringements to achieve such role. Urban law has been granted by Brazilian legal system specific rules and principles.

Likewise, laws regarding correction of infringements are also guided by specific principles. Urban and correctional law principles complete one another, offering a distinctive regime : the legal regime of urban law infringements. Compelling property to be used for a socially defined purpose. In obedience to the social function of property.

PALAVRAS-CHAVE : Cities, urban law, infringement, correction, principles, legal regime of urban law infringements, social function of property.

SUMÁRIO

1 - Introdução – página 10;

2 - Das cidades – página 15;

3 - Do direito urbanístico – página 28;

3.1 - Da repartição de competências constitucionais. Da competência administrativa e legislativa – página 29;

3.2 - Da competência material ou administrativa – página 36;

3.3 - Da competência legislativa – página 42;

3.4 - Do conceito de direito urbanístico – página 53;

3.4.1 - Aspectos negativos – página 61;

3.4.1.1 - Do direito administrativo e do direito urbanístico – página 62;

3.4.1.2 Do direito urbanístico e do direito civil – página 69;

3.4.1.3 Do direito urbanístico e do direito ambiental – página 72

3.4.2 – Do conceito de direito urbanístico – princípios e valores – página 80

4. Das sanções – página 121;

4.1 Notas introdutórias – página 121;

4.2 Do poder de polícia – página 135;

4.3 - Da responsabilidade civil - medidas de reparação de danos –
página 145;

4.4 Da sanção jurídica e do ilícito – página 151;

4.4.1 Notas introdutórias – página 151;

4.4.2 Da sanção jurídica – página 154;

4.4.3 Das sanções premiais – página 159;

4.4.4 Das sanções administrativas – página 162;

4.4.5 - Das Sanções urbanísticas – página 167;

4.4.6 Princípios do direito sancionador – página 169;

4.4.6.1 Da legalidade – página 172;

4.4.6.2 Da tipicidade – página 175;

4.4.6.3 Da irretroatividade – página 180;

4.4.6.4 Da proibição do excesso – página 182

5. Das sanções urbanísticas previstas na Lei Federal 10.257/2001 – página
190;

5.1 Do parcelamento ou edificação compulsórios – página 191;

5.2 Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana
progressivo no tempo – página 225;

5.3 Desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública –
página 243;

5.4 Críticas e considerações derradeiras – página 266;

6. Outras sanções urbanísticas – página 272;

7. Do regime jurídico peculiar às sanções urbanísticas – página 295;

8. Conclusões – página 309;

Das sanções urbanísticas.

1 - Introdução

O presente trabalho tem por objeto, com fulcro no direito positivo, revelar um regime jurídico próprio às sanções administrativas urbanísticas.

Busca-se, sem nos olvidarmos dos ensinamentos do direito administrativo, traçar as vigas mestras de um direito administrativo urbanístico sancionador.

Inicialmente será feita breve explanação acerca do direito urbanístico. Esboçaremos a construção de uma definição de direito urbanístico e de seus princípios regedores.

Passaremos, então, a uma singela análise das sanções e das infrações, e dos princípios regedores da atividade sancionadora, à luz do direito administrativo.

Ao final, à luz dos princípios regedores do direito administrativo urbanístico, e sua influência no direito sancionador com vistas à proteção, especificamente, de bens e valores urbanísticos, traçaremos aquilo que chamamos, e nos perdoem se parecemos repetitivos, de regime jurídico de direito sancionador administrativo urbanístico.

Com o fito de aquilatar a consistência dos argumentos traçados, trataremos, de forma não exaustiva, de sanções em espécie as quais foram consideradas como sendo pertencentes ao direito urbanístico.

Mais uma vez ressaltamos. Ainda que fértil o campo de estudo do conceito metajurídico das sanções, em especial das sanções urbanísticas, trata-se de objeto estranho ao presente. Nossos esforços serão direcionados à detecção de princípios, extraídos do ordenamento jurídico positivo, que sejam específicos do direito urbanístico sancionador.

Conforme adverte Agustín Gordillo, não existe uma maneira correta ou incorreta de classificar as coisas. Conforme assevera o Mestre Argentino :

“no hay dos cosas en el universo que sean exactamente iguales en todos los aspectos. Por consiguiente, por semejantes que sean dos cosas, podemos usar las características en que difieren como base para colocarlas en clases distintas (...) De igual modo, probablemente no haya dos cosas en el universo tan diferentes entre sí que no tengan algunas características comunes, de manera que constituyan una base para ubicarlas dentro de una misma clase. Por ello, podemos razonablemente clasificarlas de una u de otra manera, agruparlas de uno

u otro modo, según las características asimilables o, al contrario, diferenciables que no interese destacar.¹”

A classificação que se propõe às sanções administrativas urbanísticas certamente não será imune a críticas. Trata-se de uma classificação, ainda que respaldada no direito positivo e em entendimentos doutrinários, levada a cabo segundo critérios de conveniência e oportunidade. Possível a adoção de outras classificações. Nada obstante, optou-se pela abordagem a ser levada adiante no curso do presente trabalho. Não se busca, aqui, uma posição de certeza. Posição essa que também considero inatingível, na esteira dos ensinamentos de Popper, citado por Gordillo² :

“La ciencia nunca persigue la ilusoria meta de que sus respuestas sean definitivas, ni siquiera probables; antes bien (...) la de descubrir incesantemente problemas nuevos, más profundos y más generales y de sujetar nuestras respuestas (siempre provisionales) a contrastaciones constantemente renovadas y cada vez más rigurosas³”

Temos esperança de gerar o debate, alimentar críticas. E de trazer uma classificação às sanções administrativas urbanísticas que seja, ao menos, útil. Não a correta, mas útil, centrada no regime jurídico

¹ GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo, I. tomo : Parte general*. 7ª ed., Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. I-21.

² GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo, I. tomo : Parte general*. 7ª ed., Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. I-22.

³ POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*, Madrid : Tecnos, 1973, pp. 260-261; POPPER, Karl. *The Open Universe. An argument for Indeterminism*, Londres : Routledge, 1991.

que consideramos aplicável às sanções administrativas urbanísticas, regime esse diverso do regime de direito penal, ou mesmo do regime de direito administrativo sancionador. É a utilidade da classificação que lhe confere vida no mundo do conhecimento. Consoante os ensinamentos de Augustín Gordillo, há que se :

“quitar dogmatismo a las discusiones sobre definiciones y clasificaciones y centrar el análisis y discusión sobre el régimen jurídico concreto que habrá de regir cada institución : este régimen y su interpretación es lo que importa, no las definiciones y clasificaciones que a su respecto hagamos, a menos que ellas lleven a confusión o sean un intento de sacrificar la libertad frente al poder. Clasificaciones sin demostrable valor de utilidad o conveniencia, que no explican nada operativo del sistema jurídico sino que exponen dogmáticamente supuestas esencias inmutables, son no solamente incomprensibles sino además dañosas.”⁴

Pasemos, assim, à construção do regime jurídico das sanções administrativas urbanísticas. E que esperamos seja de alguma utilidade ao académico e ao operador do direito, fomentando o debate e as críticas, essenciais ao amadurecimento do direito urbanístico, que busca preservar bens tão caros como o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes. Consoante veicula, aliás, o artigo 182, caput, da Constituição Federal.

⁴ GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo, I. tomo : Parte general*. 7ª ed., Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. I-23.

Deixamos, aqui, todavia, uma crítica. Em que pese a atividade sancionadora consistir em poderoso instrumento para garantir a eficácia das normas e se tratar de instrumento que invade a esfera patrimonial do administrado, a exigir garantias contra abusos estatais e a conseqüente atenção do legislador, ainda assim carecemos de legislação codificada relativa às sanções, diferentemente do que ocorre, por exemplo, na Espanha⁵. Dispomos tão somente de disposições legais esparsas, muitas das quais afetas ao direito ambiental⁶. Sequer o Estatuto da Cidade arrolou instrumentos sancionadores outros que não aqueles previstos no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal⁷.

Entendemos, portanto, saudável a discussão relativa à atividade sancionadora na esfera do direito urbanístico. Atividade essa a exigir atenção maior, em especial do legislador. Consideramos que se perdeu uma excelente oportunidade para tratar das medidas sancionadoras, no campo do direito urbanístico, quando da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal

⁵ Sem a pretensão de esgotarmos o assunto, podemos fazer menção aos diplomas seguintes : “Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana”, artigos 248 e seguintes; “Real Decreto Legislativo 2187/1978, de 23 de junio, Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana”, artigos 29 e seguintes; Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora; legislação das Comunidades Autônomas;

⁶ Exemplificativamente, dignos de nota os diplomas seguintes : Lei Federal 9605, de 12 de fevereiro de 1998, em especial aos seus artigos 70, e seguintes, e respectivo Decreto 3179, de 21 de setembro de 1999.

⁷ O artigo 182, parágrafo 4º, em seus incisos I, II e III, da Constituição Federal, trata das penalidades impostas ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. Àquele que não promove adequado aproveitamento do solo urbano cabe a imposição de parcelamento ou edificação compulsórios e, sucessivamente, imposto sobre a propriedade . Referidas penalidades foram tratadas no Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) em seu artigo 4º, inciso IV, alínea “a”, e inciso V, alíneas “a” e “i”, bem como nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º. São medidas de caráter nitidamente sancionador, conforme será abordado mais adiante no curso da presente exposição.

10.257/2001), inserindo-se referida atividade no contexto dos demais instrumentos da política urbana⁸.

2 - Das cidades

Antes de falarmos de sanções urbanísticas, forçoso traçarmos, de forma abreviada, um conceito de direito urbanístico, explicitando os bens jurídicos de natureza urbanística protegidos pelo nosso ordenamento. E os princípios regedores desse ramo do direito que é o urbanístico, o qual recebeu tratamento de ramo autônomo em nosso ordenamento. Nesse sentido, o artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, o qual, ao tratar da competência legislativa concorrente, arrolou, como ramo autônomo do direito, o direito urbanístico⁹.

Ao pensarmos em direito urbanístico, somos levados a pensar nas cidades. É aqui onde parecem se materializar todas as experiências positivas e também negativas a que estão expostos seus habitantes.

⁸ Desde logo cabe indagar se a atividade sancionadora consistiria em matéria pertencente ao direito administrativo ou ao direito urbanístico. Pertinente referida discussão, inclusive em face de distinções quanto à competência para legislar, no que toca ao direito administrativo e ao direito urbanístico. Pedimos licença para voltar ao assunto mais adiante, quando tratarmos das competências materiais e legislativas no que toca ao direito urbanístico. Desde logo, todavia, firmamos nossa posição no sentido de, em se tratando de atividade afeta ao direito urbanístico, inclusive de natureza sancionadora, estamos sob regime jurídico peculiar, correlato, mas distinto do direito administrativo. O regime jurídico do direito urbanístico, norteador por princípios de direito público, mas impregnado por princípios próprios.

⁹ O referido artigo tem a seguinte redação : “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre : I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e **urbanístico**;”. O

As cidades são o palco onde se desenvolvem todas as relações humanas. Nos agrupamos nas cidades. Moramos nas cidades. Trabalhamos nas cidades, com produção e acumulação de riquezas. Circulamos pelas cidades. Buscamos o lazer, a cultura, a educação nas cidades. É nas cidades onde cultivamos nossas amizades, constituímos família, onde obtemos serviços, inclusive de saúde, e produtos, em especial os básicos à nossa existência, tais como alimentos e vestuário. É nas cidades onde a economia cresce, floresce, ou mesmo desaparece. Vivemos nas cidades. Morremos nas cidades. Saúde, vida, liberdade, educação, segurança, trabalho, família, integridade física, dignidade, dentre outros: direitos fundamentais que têm, como pano de fundo, como alicerce, como palco, as cidades.

A cidade, consoante bem apontam Eduardo Garcia de Enterría e Luciano Parejo Alfonso, partindo-se das *polis* gregas e do mito de Roma :

“marcó, pues, inicialmente, el paso de la primigenia vida natural a la vida humana superior, a un estado político y cultural que deja atrás resueltamente una fase previa de la evolución del hombre y esta nota, que hace de la ciudad la expresión de una forma de vida más rica y más compleja, se ha mantenido para la vida urbana a lo largo de su historia prácticamente hasta nuestros días, en que por vez primera la ciudad

ofrece su rostro negativo, su contenido alienante y mutilador de una vida plenaria.¹⁰

Seja como sede dos Estados recém criados, com seus palácios, teatros reais, museus, e instalação da corte¹¹, ou, ainda, diante das concentrações populacionais sem precedentes nas áreas urbanas, decorrentes da revolução industrial do Século XIX, as cidades são o reflexo, e também o retrato, das transformações sociais e econômicas da humanidade.

Todavía, outrora palco da civilização, as cidades são hoje retratadas como expressão das mazelas do desenvolvimento econômico e social sem planejamento adequado. Conforme apontam, mais uma vez, Enterría e Parejo Alfonso :

“la virtual destrucción del mundo de los campesinos, viejos guardianes de la naturaleza y de las formas de vida seculares a ella ligadas, y el riesgo notorio de una agresión creciente de ésta, por las nuevas técnicas y por el mismo proceso urbanizador disperso directamente, ha hecho surgir paradójicamente, con una insoslayable necesidad de la nueva civilización superurbana, el de una eficaz y resuelta protección de la naturaleza, cuyo comercio con el hombre es absolutamente necesario

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico*. Segunda edición, obra refundida, Madrid : Civitas, 1981, p. 39.

¹¹ Cidades barrocas - GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico*. Segunda edición, obra refundida, Madrid : Civitas, 1981, p. 41

para el equilibrio físico y psíquico de éste, para su subsistencia como especie biológica.¹²”

De rigor apontar que os problemas verificados nas cidades não são exclusivos de países do terceiro mundo, mas também estão presentes em nações desenvolvidas. Tomemos, no Brasil, a cidade de São Paulo, com extensa ocupação em áreas de proteção aos mananciais, com danos irreversíveis ao meio ambiente e à qualidade de vida.

Ou, ainda, em Portugal, mais especificamente na :

“Quinta da Brandoa, no concelho de Amadora, distrito de Lisboa, onde foram erigidas centenas ou milhares de construções destinadas a habitação, durante a década de sessenta, tendo ali passado a residir muitos milhares de famílias, sem que tivessem sido construídas quaisquer obras de infra estruturas urbanas, como redes de abastecimentos de água, de eletricidade, de esgotos, arruamentos, passeios, escolas, jardins, etc.¹³”

Até mesmo a cidade de Salado, no Texas, Estados Unidos, ressentem-se das transformações econômicas e sociais ao seu redor. A cidade, cuja economia girava em torno de uma instituição de ensino e de empresas do setor de moagem, tornou-se decadente. A instituição de ensino

¹² GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho urbanístico*. Segunda edición, obra refundida, Madrid : Civitas, 1981, p. 47.

¹³ RODRIGUES, Antonio José. *Loteamentos ilegais. Áreas urbanas de gênese ilegal – AUGI*. Coimbra : Almedina, 2000, p. 5.

desapareceu num incêndio e os moinhos restaram desativados, empurrando a cidade para a deterioração. O mesmo se deu com diversas cidades de pequeno porte na zona rural americana, onde as lojas fecharam e as pessoas se mudaram para cidades maiores¹⁴.

Os problemas das cidades são, portanto, dos mais variados. Da mesma forma, as soluções para tais problemas não são afetas, apenas ao direito, mas exigem, ainda, vontade política, esforços da sociedade civil, mudança de cultura, com adoção de um espírito mais gregário. Há valores, positivados ou não, e que buscam preservar o espaço urbano e a convivência harmônica e digna.

Mas será que o direito urbanístico engloba apenas a zona urbana ? Como ficariam, ainda, as áreas rurais ? Vejamos.

A zona urbana é aquela delimitada como tal por intermédio de lei municipal.

Referida delimitação pode ser feita tanto para fins urbanísticos, quanto para fins tributários, consoante ensina Hely Lopes Meirelles.

¹⁴ Conforme matéria trazida pela revista “The Economist”, edição de 23 de dezembro de 2006, página 41. Importante acrescentar, todavia, que no tocante à cidade de Salado, em face da passagem de uma Rodovia nas cercanias e do adequado planejamento, a localidade hoje conta com aproximadamente 21 hotéis para receber turistas, o que novamente trouxe pujança ao lugar. A matéria justamente tem por objeto medidas e esforços levados adiante para revitalizar cidades de pequeno porte, devolvendo-lhes força econômica. E dignidade aos moradores.

No que toca à primeira hipótese :

“a competência é privativa e irretirável do Município, cabendo à lei urbanística estabelecer os requisitos à área condição de *urbana* ou *urbanizável*, e, atendidos esses requisitos, a lei local delimitará o perímetro urbano, as áreas de expansão urbana e os núcleos em urbanização.¹⁵”

Já no que se refere à delimitação da zona urbana para fins tributários :

“a lei definidora da zona urbana deve atender aos requisitos do Código Tributário Nacional (art. 32, parágrafos 1º e 2º), estabelecidos para fins meramente fiscais.¹⁶”

Firmado, assim, o critério da localização do imóvel para fins de tributação : caso se encontre em zona urbana, lhe recairá a cobrança de IPTU. Aos demais imóveis, será lançado o ITR.

Todavia, o Decreto-lei 57, de 18.11.1966 alterou as disposições acima, para sujeitar chácaras ou sítios de recreio, ainda que situados em zona rural, à competência tributária do Município, com exigência, nesses termos, de imposto sobre a propriedade predial e territorial

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno, São Paulo : Malheiros, 2005, p. 119.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno, São Paulo : Malheiros, 2005, p. 119.

urbana (IPTU). Da mesma forma, referido diploma legal excluiu da incidência do IPTU imóveis situados na zona urbana, mas utilizados, de forma comprovada, na exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Sujeitando-se referidos imóveis, por consequência, ao imposto territorial rural (ITR). Entra em cena, aqui, o critério da destinação do imóvel para fins de tributação. Imóveis usados para fins urbanos, em área rural, serão tributados por meio do IPTU.

Posteriormente, alterado mais uma vez o quadro acima, diante da edição da Lei Federal 5868, de 12.12.1972, a qual estabeleceu, em seu artigo 6º, e parágrafo único, para fins de incidência do ITR, que será considerado imóvel rural aquele que tenha utilização para fins de exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial. Ou, ainda, área superior a um hectare, independentemente de sua localização. Sendo urbanos todos os demais imóveis. O mencionado diploma revogou as disposições do Decreto lei 57/66. Adotados, aqui, os critérios de localização, assim como de dimensão, para fins de tributação.

Nada obstante, o artigo 6º, e seu parágrafo único, da Lei Federal 5868/72 foram julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE 93.850-8-MG). Não poderia lei ordinária, consistente na Lei Federal 5868/72, revogar o Decreto-lei 57/66, que fora recepcionado como lei complementar.

Note-se ademais, que, ainda com fulcro nas disposições do direito tributário, a zona urbana abrange não apenas a área das cidades, sendo admitida, ainda, nos termos do Código Tributário Nacional (Lei Federal 5.172, de 25.10.1966, em seu artigo 32, parágrafo 2º) :

“sua extensão a áreas em urbanização ou de *expansão urbana*, ainda que descontínuas ou fora do núcleo urbano da cidade ou da vila.¹⁷”

Prossegue Hely Lopes Meirelles definindo o termo “cidade” como sendo a sede do Município. E apresenta, como conceito de “vila”, o local onde se encontram as sedes de Distritos ou Subdistritos. Distritos e Subdistritos, por sua vez, consistiriam em divisões administrativas estabelecidas pelo Município, ou mesmo pelo Estado, com vistas à funcionalidade e à eficiência dos serviços públicos. Área urbanizada, para sê-lo, exige pelo menos dois dos equipamentos relacionados no parágrafo 1º, do artigo 32, do Código Tributário Nacional. Equipamentos esses obrigatoriamente construídos, ou mantidos pelo Poder Público. Finalmente, conforme arremata Hely Lopes Meirelles, área urbanizável e de expansão urbana :

“têm conceitos equivalentes, diferindo apenas quanto à sua localização. Com efeito, ambas são porções do território municipal destinadas a urbanização, mas a expressão ‘área urbanizável’ aplica-se à parte distinta e separada de qualquer núcleo urbano, ao passo que ‘área de expansão urbana’ é a que se reserva em continuação a área urbanizada,

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno, São Paulo : Malheiros, 2005, p. 77.

para receber novas construções e serviços públicos, possibilitando o normal crescimento de cidades e vilas.”

Verificado, portanto, à luz dos critérios tributários, que não é possível traçar uma fronteira clara e precisa acerca daquilo que consistiria na zona urbana e na zona rural da cidade. Note-se que é possível vislumbrar soluções de continuidade em uma e noutra. Conforme já apontado, são zonas de expansão urbana mesmo aquelas descontínuas ao núcleo urbano.

Da mesma forma, verificado, em face de decisão legislativa, que considerado rural, para fins de tributação, solo situado em área urbana, mas com destinação rural.

Por fim, vislumbra-se uma intensa dinâmica de crescimento das aglomerações urbanas. Inclusive, muitas vezes, com intervenção do poder público no sentido de promover a apontada expansão.

Não há, portanto, como se transportar, sem maiores reflexões, conceitos do direito tributário ao direito urbanístico para definir-se aquilo que consistiria no objeto deste.

Não há, tampouco, como entender que o objeto do direito urbanístico restringe-se apenas à cidade, entendida como sede do município, ou seja, apenas englobando a área urbana, tal qual definida

para fins tributários. Defendemos, assim, que devem ser alcançadas pelo direito urbanístico, também, as áreas rurais.

No que toca às áreas rurais, dispõe Carlos Ari Sundfeld nos termos seguintes :

“Tem-se discutido se as áreas rurais são ou não alcançadas pela regulação do direito urbanístico; pergunta a que os especialistas vêm dando resposta enfaticamente positiva, baseados em uma visão integrada da cidade (visão essa, aliás, acolhida pelo art. 40, parágrafo 2º, do Estatuto da Cidade, segundo o qual o plano diretor municipal ‘deverá englobar o território do Município como um todo’). É preciso, porém, algum cuidado com as simplificações. A Constituição isola, em capítulos separados, a política urbana (arts. 182-183) e a política fundiária (arts. 184-191), esta última ligada ao problema social da distribuição de terras (...) Assim, o direito agrário é efetivamente um limite do direito urbanístico (...) Mas isso não quer dizer que o direito urbanístico seja alheio ao meio rural, pois a ele cabe a disciplina (a) da passagem de uma área da *zona rural* para a *zona urbana* (...) (b) da proteção dos recursos naturais necessários ao desenvolvimento da cidade como um todo (como as águas e o ar), independentemente da zona em que situados; (c) das relações em geral entre o meio rural e o

meio urbano; (d) das questões espaciais do meio rural, naquilo que não esteja diretamente vinculado à política agrária.¹⁸”

Da mesma forma, Nelson Saule entende, também, que tem o município o poder de impor regras à sua zona rural. Inclusive exigindo parcelamento e edificação compulsórios, se o caso. Ou mesmo fiscalizando construções e, ainda, a obediência ao Plano Diretor. Recebeu o ente Municipal uma série de poderes (que representam, melhor dizendo, verdadeiros deveres a serem cumpridos) da Constituição Federal, em especial em face das disposições dos incisos II (saúde e assistência pública), VI (proteção ao meio ambiente), VII (preservação das florestas), VIII (fomento da produção agropecuária e organização do abastecimento alimentar) e IX (programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento), do artigo 23, bem como dos incisos VIII (promover adequado ordenamento territorial) e IX (proteção ao patrimônio histórico-cultural local), do artigo 30 e, finalmente, do *caput*, do artigo 182 (dever do município de executar a política de desenvolvimento urbano, com o objetivo de garantir o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes). Poderes, ou melhor, deveres que exigem a intervenção municipal não apenas nas áreas urbanas, mas em todo o seu território. Sob pena de se desrespeitar o comando constitucional.

Arremata, destarte, Nelson Saule que :

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In : DALARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem.

“não é possível separar o urbano e o rural, visando garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois o sistema social e econômico local necessita dos equipamentos, da infra-estrutura e dos serviços urbanos para desenvolver suas atividades agrícolas e agrárias na zona rural da cidade.

Desse modo, para o município promover a política de desenvolvimento urbano, o Plano Diretor deve ser entendido como um instrumento de desenvolvimento local sustentável com normas voltadas a abranger a totalidade de seu território, compreendendo a área urbana e rural. Padece de vício de constitucional o Plano Diretor que se restringir apenas à zona urbana e de expansão urbana.¹⁹”

Daí a necessidade de termos a já mencionada visão mais abrangente do direito urbanístico. O bem-estar dos habitantes, protegido constitucionalmente, não se limita aos habitantes que moram na mancha urbana, mas abrange a todos, sem distinção. Decisões e ações no campo do direito urbanístico devem levar em conta todos os moradores do Município. Moradores da zona rural têm direito de acesso à moradia, transporte, locomoção e lazer. Sua exclusão do planejamento urbano não é admissível ou mesmo justificada. Todos são iguais perante a lei. Carece de fundamento eventual distinção tão somente em face de destinação dadas às terras do cidadão, ou da localização de sua propriedade. Ainda que importantes à questão da tributação.

São Paulo : Malheiros, 2003, p. 49, nota de rodapé número 10.

As zonas rural e urbana exigem, como um todo, adequada tutela e proteção por parte do ordenamento jurídico, inclusive por intermédio do direito urbanístico. Comungamos do entendimento não apenas do poder, mas do dever de o ente Municipal contemplar a sua zona rural quando levar adiante sua política de desenvolvimento urbano. Respeitada a competência federal para instituir impostos (artigo 153, inciso VI, da Constituição Federal) e legislar sobre direito agrário (nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal)²⁰.

Portanto, e perdoem a nossa insistência, não se limitará o objeto do direito urbanístico à zona urbana, mas atingirá todo o espaço territorial de determinado Município. Seja urbano, seja rural. Seja a cidade, entendida como mancha urbana, sejam as áreas que lhe são adjacentes. Ainda que explícitos, nas cidades, os problemas e mazelas do excessivo adensamento populacional²¹, não se limita o direito urbanístico às ditas cidades. O direito urbanístico pode e deve ir além de referida delimitação tendo como objeto, mais amplo, todos os espaços habitáveis de um dado Município.

¹⁹ SAULE, Nelson. O Plano Diretor e as Zonas Rurais. In : SANTORO, Paula (Org.); PINHEIRO, Edie (Org.). *O município e as áreas rurais*. São Paulo : Polis, 2004, p. 47.

²⁰ Não nos olvidemos, todavia, que existem poderosas vozes discordantes acerca da possibilidade do plano diretor incluir também a zona rural. Toshio Mukai assevera que o texto constitucional, em seu artigo 182, e parágrafos, é expresso em se referir à zona urbana, ou de expansão urbana. Restando silente no que toca à zona rural. Não se aplicaria, assim, o plano diretor a essas áreas rurais. In : MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade : anotações à Lei 10.257, de 109 de julho de 2001*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 41.

²¹ O excessivo adensamento populacional, formador das cidades, pode ser visto como o pressuposto que ensejou a criação do direito urbanístico. As cidades seriam, assim, o elemento essencial à gênese desse mencionado ramo do direito, conforme veremos a seguir.

E, dentre os variados instrumentos para organizar e reger os espaços habitáveis, temos a atividade sancionadora urbanística.

Em apertada síntese, é por meio das sanções que se pode buscar, por exemplo, a adequação da propriedade aos planos diretores e à função social da propriedade. Contribuindo na busca à dignidade da pessoa humana e no bem-estar de seus dos habitantes. Sem se descuidar da proteção do cidadão contra abusos do Estado.

Trataremos, a seguir, da definição de direito urbanístico, para então ingressar na exposição referente à atividade sancionadora administrativa e urbanística.

3 - Do direito urbanístico

Importante traçarmos um conceito de direito urbanístico à luz, também, do nosso direito pátrio e dos bens e valores de cunho urbanístico protegidos pelo ordenamento brasileiro²².

Referido conceito servirá de alicerce à construção de uma teoria de direito administrativo sancionador, mas impregnado de

²² Decerto que a discussão aprofundada acerca de bens jurídicos não cabe no presente trabalho. Surgem, aqui, uma série de questões, dentre as quais : como saber quais os bens são de natureza urbanística, sem antes ter uma definição daquilo que integra o apontado direito urbanístico ? Cabe definir um determinado ramo de direito em face de seu conteúdo ? Qual seria esse conteúdo ? São os bens jurídicos definidos em lei, ou precedem à lei, sendo inerentes à natureza do homem e das coisas ? Existem, efetivamente, bens jurídicos ? E qual seria sua utilidade, se alguma ? Nos cingiremos, no presente, a buscar na doutrina

princípios importados do direito urbanístico. Confeccionando-se, então, o que denominamos, no presente trabalho, de regime jurídico de direito urbanístico sancionador.

Todavia, antes de prosseguirmos com a matéria afeta à construção de um conceito de direito urbanístico, à luz do direito pátrio, conveniente se faz trazer breves notas acerca da repartição de competências constitucionais, com foco no direito urbanístico. O material a seguir foi extraído de artigo de nossa lavra²³ e adaptado ao presente trabalho.

3.1 - Da repartição de competências constitucionais. Da competência administrativa e legislativa.

Nos termos dos artigos 1º, caput, e 18, ambos da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, sendo todos dotados de autonomia.

Trata-se da forma de Estado denominada de federalismo. Cada ente federativo, quais sejam, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, representa um centro de poder, dotado de autonomia, mas com campo de atuação delimitado pela própria Constituição Federal de 1988.

conceitos de direito urbanístico, cotejando-os com o nosso ordenamento, para revelar, mais uma vez, à luz do direito positivo, um conceito de direito urbanístico.

Conforme bem aponta Alexandre de Moraes, “o princípio geral que norteia a repartição de competência entre as entidades componentes do Estado Federal é a predominância do interesse. Assim, pelo princípio da *predominância do interesse*, à União caberão as matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados as matérias de predominante interesse regional e aos Municípios os assuntos de interesse local”²⁴.

Arremata Alexandre de Moraes afirmando que o “legislador constituinte, adotando o referido princípio, estabeleceu quatro pontos básicos no regramento constitucional para a divisão de competências administrativas e legislativas : reservas de campos específicos de competência administrativa e legislativa, possibilidade de delegação, áreas comuns de atuação paralela e áreas de atuação legislativa concorrentes”²⁵.

Referida repartição de competências, nos termos dos ensinamentos de Paulo José Leite Farias serve de “mecanismo de valorização do ideal democrático e da proteção dos direitos fundamentais da igualdade. Ressalte-se que a repartição de competência, problema nuclear do modelo federativo, evita a centralização do poder, favorecendo a separação de

²³ ROSSO, Maximiliano. Competências urbanísticas. In : *Manual prático da Promotoria de Justiça e Habitação e Urbanismo*. Daniel Roberto Fink e outros (coordenadores). São Paulo : Imprensa Oficial, 2005.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2003, p. 659. Ressalvadas, por óbvio, as hipótese nas quais é acometido a um ente particular a competência administrativa ou legislativa, tal qual ocorre com as hipóteses trazidas pelo artigo 22, da Constituição Federal, relativas à competência legislativa privativa da União.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2003, p. 659.

poderes distribuídos em diferentes esferas de atuação (nacional, regional e local). Tal virtude do modelo federativo favorece, sobremaneira, a defesa dos direitos fundamentais, na medida em que incentiva, de forma dialética, as diferenças regionais e a unidade nacional”²⁶.

Mas qual o interesse da apontada repartição de competências para a esfera do direito urbanístico ?

O direito urbanístico, conforme será abordado adiante, foi tratado como ramo autônomo do direito pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, o inciso I, do artigo 24, da Constituição Federal de 1988, que estabelece, dentre outras, a competência da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre direito urbanístico.

Não bastasse, esparsas pelo texto constitucional disposições relativas à proteção de bens e valores ligados à ordem urbana, tais como os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (artigo 216, inciso V, da Constituição Federal de 1988), bem como o patrimônio cultural brasileiro (artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988), assim como o direito à moradia (tratado como direito social, nos termos do artigo 6º, da Constituição Federal de 1988). Valores esses cuja proteção cabe, indistintamente, a todos e a cada um dos entes federativos. Da mesma forma, trazidas competências enumeradas de cada um dos entes federativos na

²⁶ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 33.

proteção da ordem urbana, tal qual ocorre no artigo 22, inciso XX, da Constituição Federal, que determina ser competência da União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluídos aqui habitação, saneamento e transportes. Ou, ainda, no artigo 23 inciso IX, da Carta Magna, que afirma a competência de todos os entes federativos no que toca à promoção de construção de moradias e à melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico.

Possível extrair, ainda, da nossa Constituição Federal, disposições outras, relativas a ramos de direito que receberam tratamento autônomo de nossa Lei Maior, mas que também interessam à ordem e à conformação de nossas cidades. Por exemplo, à União caberá, privativamente, legislar sobre direito civil, ou, ainda, desapropriação (artigo 22, incisos I e II), matérias que têm liame com o direito urbanístico. Mas, até mesmo em face do tratamento constitucional recebido, com este não se confunde. Caberá, tal qual ocorre com o direito urbanístico, à União e aos Estados legislar sobre proteção ao meio ambiente, nos termos do artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal. Ainda que ligados, são o direito ambiental e o direito urbanístico ramos distintos, tratados como tal em nosso ordenamento.

Portanto, não há como se confundir direito urbanístico com direito administrativo, ambiental, civil ou comercial. Ainda que consistindo em ramos imbricados uns nos outros, como não poderia deixar de ser, até porque o direito é uno, inegável que cada um desses ramos recebeu, mais uma vez insisto, tratamento distinto do nosso ordenamento.

Exige-se, assim, a sistematização das regras de direito urbanístico, dotando o apontado ramo de autonomia científica. No mínimo, para verificar-se a constitucionalidade de regras editadas pelo legislador. E, conforme já apontado acima, para alicerçar a construção de uma teoria de direito administrativo sancionador, impregnado de valores importados do direito urbanístico.

A importância da repartição de competências constitucionais ainda vai além.

As competências são verdadeiros deveres. Exercem os entes políticos função, cujo desempenho é obrigatório. As normas constitucionais, não obstante as opiniões em sentido contrário, são dotadas de eficácia e de imperatividade. Não consistem em meras sugestões ao administrador, ao legislador ou mesmo ao julgador.

A afirmação relativa à eficácia das normas constitucionais merece singela explanação adicional. Consiste a eficácia jurídica, consoante leciona Luís Roberto Barroso, como a possibilidade de aplicação da norma, a sua aptidão para produção de efeitos. Arremata o conceituado autor que, no tocante à eficácia jurídica, “todas as normas constitucionais a possuem e são aplicáveis nos limites objetivos de seu teor normativo. Lastreando-se na lição de Ruy Barbosa, assentou que não há, em uma Constituição, cláusula a que se deva atribuir meramente o valor moral de

conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditada pela soberania nacional ou popular de seus órgãos”²⁷.

Ao lado da eficácia jurídica, temos, também, a eficácia social da social da norma. Eficácia social que pode também ser entendida como efetividade da norma jurídica. Mais uma vez pedimos vênua para alicerçar nossa exposição nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, para quem a “efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”²⁸.

Quando falamos, a título de exemplo, do direito à saúde, veiculado pelo artigo 196, da Constituição Federal, o reconhecimento da eficácia da mencionada norma constitucional e de sua efetividade são extremamente claras, ainda que a redação do mencionado artigo veicule, em seu bojo, regras com caráter de direito fundamental (saúde como “direito de todos”), e, ainda, regra de natureza programática (relativa ao “dever do Estado”).

Os bens e valores de natureza urbanística constitucionalmente protegidos não são diferentes. Até porque buscam o

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 84.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 85.

efetivo respeito à dignidade humana e até mesmo à vida, valores supremos do Estado de Direito. De rigor o reconhecimento de sua eficácia e efetividade.

Ainda que veiculando normas que têm por destinatários entes políticos, eventual caráter programático das disposições constitucionais, inclusive as de cunho urbanístico, “não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, frustrando as justas expectativas nele depositadas pela coletividade substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental”²⁹.

Quando menos, servem as normas constitucionais de balizas aos intérpretes e legisladores – fica o legislador impedido de legislar contrariamente aos valores concebidos nas normas programáticas. O próprio aplicador do direito também se encontra jungido a tais valores. Estabelecidos, assim, verdadeiros deveres de proteção a bens e valores afetos, também, à ordem urbanística. E traçado um vetor axiológico para aplicação de regras de um determinado ramo do direito. No caso em tela, do direito administrativo urbanístico sancionador, com definição dos valores a proteger, e dos responsáveis pela dita proteção.

Abordaremos a seguir, com maior profundidade, as normas constitucionais referentes à ordem urbanística. Importante ressaltar que as considerações abaixo não são, de modo algum,

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2003, p. 111.

despidas de juízo de valor. A escolha dos bens que integrariam, em tese, o direito urbanístico exige, em princípio, definir-se o apontado ramo. Devemos partir de um conceito de direito urbanístico. Todavia, não é menos certo que o apontado conceito deve também se alicerçar no nosso direito positivo. Assim sendo, para fins de explanação, trataremos, neste primeiro momento, da repartição de competências e da indicação de bens que são de interesse, a nosso ver, do direito urbanístico, para então traçarmos o conceito desse mesmo direito urbanístico.

3.2 - Da competência material ou administrativa

Abordaremos, em primeiro lugar, as competências administrativas, ou seja, o efetivo exercício da função administrativa pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e os moldes estabelecidos pela Constituição Federal para tal atuação.

A função administrativa consiste, consoante definição fornecida por Lúcia Valle Figueiredo, “no dever do Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente”³⁰.

³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 34.

Em que pese a função administrativa ser inerente a cada um dos entes federativos, sob pena de negar-se sua autonomia, a Lei Maior tratou expressamente das competências administrativas de cada um desses entes, trazendo, conforme já apontado anteriormente, verdadeiros deveres à União, Estados, Distrito Federal e Municípios no campo das funções administrativas. Delimitando, ainda, os limites de atuação de cada um dos entes, segundo o já apontado critério de predominância do interesse.

Extraímos, para cada um dos entes federativos, de forma preliminar, à luz do conceito de direito urbanístico a ser tratado mais adiante, as competências administrativas correlatas ao apontado direito urbanístico, trazidas pela Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, nos termos do artigo 21, inciso IX, da Constituição Federal, compete à União “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social”.

Ainda no artigo 21, da Constituição Federal, em seu inciso XX, cabe também à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.

Haveria, assim, exclusividade na atuação da União, no tocante à ordenação do território e ao desenvolvimento urbano ? A resposta a esta questão é negativa. Pode e deve a União atuar, respeitando o princípio da predominância do interesse, ou seja, atuando em questões de interesse geral. A seu turno, assuntos de interesse regional e local concernem a Estados e Municípios, conforme será tratado a seguir.

O próprio texto constitucional, em seu artigo 23, enumera as matérias onde há competência concorrente para atuar entre União, Estados, Distrito Federal e Município, dentre as quais as de interesse ao direito urbanístico. Competência, aqui, entendida como competência administrativa comum, distinta da competência para legislar, ou mesmo para tributar.

Enumera o texto constitucional, em seu artigo 23, as matérias em relação às quais “há coincidência entre os interesses geral, regional e local”³¹. A cada um dos entes existe não só a possibilidade, mas o efetivo dever de atuar, no que toca a cada uma das matérias trazidas pelo texto constitucional.

Dentre as disposições do artigo 23 temos, de especial interesse à área urbanística, as seguintes :

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios :

³¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2003, p. 686.

(...)

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

(...)

IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

Cabe ainda mencionar o quanto disposto nos artigos 216, parágrafo 1º, e artigo 225, ambos da Constituição Federal, que estabelecem como poder-dever de todos os entes federativos a proteção do patrimônio cultural brasileiro, bem como do meio ambiente.

Aqui também norteia-se a atuação pelo princípio da predominância do interesse. Nada obstante, não apenas possível, mas exigível que não só a União, mas também Estados, Distrito Federal e Municípios atuem na consecução do quanto veiculado no artigo 23, da Constituição Federal.

As competências administrativas, mais do que poderes, representam deveres do Poder Público. Não apenas possível, mas

necessária a atuação dos diferentes entes federativos, inclusive buscando atuação conjunta, para a adequada proteção também de valores afetos ao espaço urbano. Não é demasiado lembrar que a conformação de uma determinada cidade não é ditada apenas pela sua dinâmica interna. Condições climáticas regionais e fluxos migratórios interestaduais, dentre outras circunstâncias, afetam em muito a urbanização. Forças externas a um dado Município interferem em seu crescimento. Necessária a atuação conjunta de Município, Estado e União para obter-se adequada solução dos problemas que afligem nossas cidades.

Trouxe a Constituição Federal de 1988, também, algumas competências enumeradas dos Estados, de interesse ao direito urbanístico, quais sejam, criação, incorporação, fusão e o desmembramento de Municípios (artigo 18, parágrafo 4º) e instituição, mediante lei complementar das regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões (artigo 25, parágrafo 3º).

Quanto aos Municípios, além do quanto já tratado, referente ao artigo 23, da Lei Fundamental, trouxe a Constituição outros poderes expressos. Consoante o artigo 30, da Carta Magna :

“Art. 30. Compete aos Municípios :

(...)

IV – criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V – organizar e prestar (...) os serviços públicos, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

(...)

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX – promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual;”

Novas diretrizes ao ente Municipal são veiculadas pela Constituição, exigindo a devida ação. Sempre norteada pelo princípio da predominância do interesse.

A Constituição, em seu artigo 182, dispôs :

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

Mais uma vez estabelecida a competência do ente Municipal para a execução da política de desenvolvimento urbano. Referida política será realizada com fulcro, também, em norma geral, hoje consubstanciada no Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001). E visando aos interesses locais, respeitadas as demais disposições referentes à repartição de competências.

A questão das competências administrativas não oferece maiores dificuldades. A atuação de cada ente ficará melhor delineada a seguir, quando da análise da competência legislativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios – todos com competência legislativa no que toca ao direito urbanístico e à ordenação da cidade. E em havendo lei, haverá a possibilidade do exercício da função administrativa pelo ente federativo.

Portanto, estabelecido, de forma expressa, o dever de agir de cada um dos entes federativos no que toca a matérias afetas à organização da cidade e de seus espaços : moradia e melhoria das condições habitacionais, transportes urbanos, saneamento, proteção do patrimônio histórico cultural e artístico, ordenação do território nacional, meio ambiente. Mas seriam esses objetos, todos, como integrantes do direito urbanístico ? Qual o conceito de direito urbanístico ? E seus princípios regedores ? Tentaremos responder a essas questões mais adiante. Temos, nada obstante, uma visão preliminar acerca dos deveres de cada um dos entes administrativos em assuntos de interesse, como já dito, à organização dos espaços habitáveis.

3.3 - Da competência legislativa

Ao lado da competência material, há a competência legislativa, ou seja, a competência para elaborar leis, inerente a cada um dos entes da Federação. Competência essa cuja repartição, como

não poderia deixar de ser, também veio estampada na Constituição Federal de 1988. Vejamos.

Conforme já apontado anteriormente, dispõe o artigo 24, da Constituição Federal de 1988, o quanto segue :

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre :

I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;”

A Carta Magna atribui, portanto, de forma concorrente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal o poder de legislar em matéria urbanística. Adotou-se, na legislação pátria, conforme apontado por Alexandre de Moraes, a competência não cumulativa ou vertical. Assevera o mencionado autor que “no âmbito da legislação concorrente, a doutrina tradicionalmente classifica-a em *cumulativa* sempre que inexisterem limites prévios para o exercício da competência, por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-membro, e em *não cumulativa*, que propriamente estabelece a chamada repartição vertical, pois, dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que fixa os princípios e as normas gerais, deixando-se ao Estado-membro a complementação”³².

³² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2003, p. 697.

A Lei Maior estabeleceu limites ao exercício da competência de cada um dos entes federativos. Nos termos do parágrafo 1º, do artigo 24, da Constituição Federal, no “âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.”

Pode a União legislar tão somente no que toca a princípios e normas gerais – se for além, ingressando em matérias de interesse predominantemente local, desbordará de sua competência, e violará a autonomia dos demais entes.

Todavia, a definição do que seriam normas gerais é questão tormentosa à Doutrina. Até porque toda norma é, em sua essência, geral.

Conforme já tratado acima, cabe à União, no que toca ao direito urbanístico, apenas a edição de normas gerais. Estabelece-se um limite de profundidade para a Lei Federal, que, de modo algum pode esgotar a matéria. A União deve respeitar o espaço legislativo constitucionalmente assegurado aos demais entes. E, em legislando o Estado em assunto de sua competência normal (ou seja, complementar ou suplementar), prevalecerá a lei estadual.

Tais normas gerais, em apertada síntese, são aquelas que não podem ter conteúdo particularizante, que afete a autonomia

dos entes – não podem se imiscuir em assuntos que devam ser tratados exclusivamente pelos Estados e Municípios.

Conforme leciona Carlos Ari Sundfeld³³ :

“O conceito de normas gerais, que define os limites da competência legislativa federal, é de difícil determinação. Não obstante, a lógica impõe a constatação de que na competência da União não se inclui o tratamento de aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes. As normas gerais contêm apenas *princípios* da regulamentação da matéria, os *deveres básicos* dos indivíduos e do Estado e os *instrumentos* a serem utilizados pela Administração. São impróprios para as normas gerais problemas como : a fixação de prazos, a definição das autoridades competentes para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multas, o detalhamento dos procedimentos administrativos, e assim por diante”.

O próprio Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) consiste em norma geral, editada pela União, à luz do comando normativo do artigo 182, da Constituição Federal.

Nada obstante, ainda que se trate de norma geral, possível que o legislador desça, em certos momentos, a particularizações indevidas. Tais disposições específicas não são normas

³³ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. RTDP, n.1, 1993, p. 276.

gerais, e, portanto, não se aplicam aos demais entes. Nesse sentido, a título de exemplo, os ensinamentos de Lúcia Valle Figueiredo, ao afirmar que “as normas veiculadas pelo art. 49 do Estatuto da Cidade *não se colocam no campo da abrangência das normas gerais de direito urbanístico*. A fixação de prazos para prática de atos administrativos nos *processos administrativos* é inerente à competência da pessoa política que detiver competência para legislar na matéria”³⁴.

As normas gerais serão constitucionais se e na medida em que não invadam autonomia dos entes, com particularizações indevidas. Traz a norma geral uma moldura do quadro a ser pintado, posteriormente, pelos Estados e Municípios. Eventuais particularizações, como é o caso do já mencionado artigo 49, do Estatuto da Cidade, são indevidas e desrespeitam os ditames da Constituição. Eventuais normas ditas particularizantes, editadas pela União em matéria de competência concorrente, terão plena aplicação apenas na esfera Federal.

Os Estados e o Distrito Federal, a seu turno, poderão suplementar tais normas gerais, no exercício de suas competências legislativas. E, na ausência de Lei Federal, poderão exercer competência legislativa plena – todavia, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário. Nesse sentido, a letra dos parágrafos 2º, 3º e 4º, todos do artigo 24, da Constituição Federal.

³⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo administrativo no Estatuto da Cidade. In : *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. In : DALLARI, Adilson Abreu e (Coord.). São Paulo : Malheiros, 2003, p. 355.

Conforme já tratado, cabe à União o estabelecimento de normas gerais. Aos demais entes há a possibilidade de especificar tais regras gerais, por meios de suas próprias leis. Trata-se da chamada competência suplementar dos Estados (artigo 24, parágrafo 2º, da CF).

Essa competência suplementar, conforme entendimento de Alexandre de Moraes, pode ser dividida em duas espécies: competência complementar e competência supletiva.

A competência complementar é exercida quando já existe norma geral estabelecida em lei federal. A legislação dos demais entes apenas especificará, complementarmente, o quanto já disposto na legislação federal (normas gerais).

A seu turno, a competência suplementar aparecerá diante da inércia da União em editar lei federal. Nessa hipótese, adquirem os demais entes competência plena para a edição tanto de normas de caráter geral, quanto de normas de caráter específico. Essa competência plena é, contudo, temporária. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

No campo urbanístico, especificamente no que toca à lei tratada no artigo 182, da Constituição Federal, a qual deverá

traçar as diretrizes gerais para a política do desenvolvimento urbano, a ser executada pelo Poder Público Municipal há, para os Estados, a possibilidade plena de elaboração das diretrizes gerais ante a inércia da União. Ou seja, mesmo antes da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), diploma que trouxe tais normas gerais, poderiam os Estados ter suprido a omissão normativa. E, mesmo após a edição do Estatuto da Cidade, ainda assim teriam os Estados competência complementar em matéria urbanística. Nesse sentido, aliás, o entendimento de Daniela Campos Libório di Sarno : “a omissão do legislador federal sobre a elaboração de diretrizes gerais sobre desenvolvimento urbano poderia ter sido suprida através de competência suplementar dos Estados-membro. Com a promulgação da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) a instância estadual poderá legislar sobre direito urbanístico, tendo como suporte esta lei federal, aprofundando-a sem, porém, impor comportamentos à instância municipal”³⁵.

Mas como ficam os Municípios, haja vista que expressamente excluídos do texto do artigo 24 ? Careceriam os entes Municipais da possibilidade de legislar em matéria urbanística ? De que forma poderiam os Municípios exercer plenamente suas competências administrativas, sem a necessária atividade legislativa ? Vejamos.

³⁵ DI SARNO, Daniela Campos Libório. Competências urbanísticas. In : *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. In : DALLARI, Adilson Abreu e (Coord.). São Paulo : Malheiros, 2003, p. 66.

A Constituição Federal também atribuiu aos Municípios competência legislativa limitada. Dispõe o artigo 30, da Carta Magna, o quanto segue :

“Art. 30. Compete aos Municípios :

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

Temos, assim, uma competência genérica, atribuída ao Município, concernente a matérias de interesse local. E, ainda, competência suplementar.

A competência genérica é estabelecida em face do princípio da predominância do interesse. No caso dos Municípios, prevalece o interesse local. E é localmente que se desenrolam a maioria dos problemas afetos à ordem urbanística, e que deverão ser tratados pelo Município, que dispõe não só de competência administrativa para tal mister, mas, ainda, de competência legislativa expressa.

Dispõe, ainda, o Município de competência para estabelecer um plano diretor, conforme preceitua o artigo 182, da Constituição Federal. E, também, de legislar ante hipóteses nas quais se presume o interesse local, nos termos dos incisos III a IX, do artigo 30, e parágrafo 8º, do artigo 144, ambos da Constituição Federal.

No que concerne à competência suplementar, dispõe Alexandre de Moraes que : “O art. 30, II, da Constituição Federal preceitua caber ao município suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, o que não ocorria na Constituição anterior, podendo o município suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las, inclusive nas matérias previstas do art. 24 da Constituição de 1988. Assim, a Constituição Federal prevê a chamada *competência suplementar* dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas, e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo : *interesse local*”³⁶. A competência suplementar envolve a edição, também, de normas urbanísticas.

Cumprе acrescentar, finalmente, que a repartição de competências não significa, em absoluto, hierarquia entre os entes, os quais, conforme já apontado, são dotados de autonomia, e integram a República Federativa do Brasil sob a forma de uma união indissolúvel. Conforme bem aponta Paulo Affonso Leme Machado : “A competência dos Estados para legislar, quando a União já editou uma norma geral, pressupõe uma obediência à norma federal. Situa-se no campo da hierarquia das normas e faz parte de um sistema chamado de ‘fidelidade federal’. Não é a mesma situação perante a execução da lei, onde não há hierarquia na atuação das administrações públicas, isto é, a administração pública federal ambiental não

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo, Atlas, 2003, p. 747.

está num plano hierárquico superior ao da administração pública ambiental municipal. As atribuições e obrigações dos Estados e dos Municípios só a Constituição Federal pode estabelecer. Leis infraconstitucionais não podem repartir competências, pois essa é matéria fundamental da Lei Maior”³⁷.

Impende ressaltar que ao Distrito Federal caberiam questões tanto de interesse regional, quanto local. Cabe-lhe a competência legislativa reservada aos Estados e Municípios (conforme o artigo 32, parágrafo 1º, da Constituição Federal), ressalvado o disposto no artigo 22, inciso XVII, da Constituição Federal.

Há, portanto, em apertada síntese, o poder de legislar em matéria de direito urbanístico comum a todos os entes, cabendo à União a edição de normas gerais, e aos Estados e Municípios a possibilidade de complementar ou suplementar referidas normas. Atribuído, ainda, o poder ao ente Municipal de editar plano diretor, instrumento que define a função social da propriedade urbana, e, ainda, de executar a política de desenvolvimento urbano, nos termos do artigo 182, *caput*, e seu parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Da mesma forma, quando da atuação de cada um dos entes na seara do direito urbanístico, inclusive no exercício da atividade sancionadora, entendemos que a competência para legislar, e conseqüentemente, para agir, é de todos os entes, cabendo à União formular

³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. “Competência Comum, Concorrente e Supletiva em Matéria de

regras gerais. E ao Município, com exclusividade, tratar dos assuntos de interesse local, nos termos da distribuição de competências traçada pela Constituição Federal.

Restando atribuído, exclusivamente ao Município, por força de disposição constitucional, o manejo de instrumentos urbanísticos que entendemos ser de natureza sancionadora tais como parcelamento e edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, e desapropriação. Nesse sentido, o quanto disposto no artigo 182, parágrafo 4º, e incisos I, II e III, da Constituição Federal. Expresso o apontado artigo em fazer menção ao “Poder Público municipal” como o ente apto a exigir o adequado aproveitamento do solo urbano, nos termos de lei federal.

Nada obstante, disposições outras relativas a sanções afetas à política urbana poderiam ser, sim, objeto de diretrizes gerais trazidas por legislação federal. Perdeu-se valiosa oportunidade para tal mister, quando da edição do Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001).

Cumpra ressaltar que sanções de natureza penal, ainda que afetas ao direito urbanístico, pertencem à competência legislativa privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal³⁸.

Finalizada, assim, esta primeira etapa de definição de competências de cada um dos entes federativos no que concerne ao direito urbanístico. Resta-nos, agora, também sem a pretensão de esgotar o tema, traçar um conceito de direito urbanístico, bem como os princípios regedores desse subsistema de normas. Referidos princípios serão de suma importância para se estabelecer o regime jurídico das sanções urbanísticas.

3.4 - Do conceito de direito urbanístico

Ao se buscar um conceito de direito urbanístico, necessariamente devemos fazê-lo à luz do direito pátrio vigente.

Conforme bem aponta Celso Antônio Bandeira de Mello :

“quando a lei ou o próprio jurista formulam um conceito qualquer, não podem ter outro interesse senão o de isolar algo que está sujeito a um dado conjunto de disposições e princípios distintos daqueles que regem

³⁸ Há, esparsos, dispositivos legais, de natureza penal, que se prestam a tutelar o espaço urbano. Exemplificativamente podemos fazer menção aos artigos 62, e seguintes, da Lei Federal 9605/1998, ou,

outro objeto. Assim, o que se está a procurar não é uma realidade substancial, mas um termo de imputação de efeitos jurídicos. Isto ocorre porque a identidade jurídica de um dado objeto resulta da qualificação que o Direito lhe irroga e não de atributos substanciais que possua. Por isso duas realidades substancialmente iguais podem ser regidas de maneira diferente, assim como duas realidades substancialmente diferentes podem estar parificadas sob um mesmo regime.³⁹”

A regência de determinado ramo de direito exige, a nosso ver, seja a o mesmo tratado de forma sistemática.

E para se edificar um sistema, ou no caso em tela, um subsistema de normas, esposando os ensinamentos de Claus-Wilhelm Canaris, partimos de dois fundamentos básicos, quais sejam, a ordenação e a unidade interior⁴⁰.

Para Canaris⁴¹, consiste a ordenação em : “expressar um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”. E é por intermédio da unidade que não se permite “dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais”.

ainda, aos artigos 50, e seguintes, da Lei Federal 6766/1979.

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo : Malheiros, 2004, p, 33, nota 7.

⁴⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002.

Necessário aprofundar-se um pouco mais no conceito de ordem.

A idéia de ordem “resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença : tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘conseqüentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os’ até o fim (...) estão adstritos a *proceder com adequação* (...) e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito⁴²”.

Valores surgem como elementos constitutivos do sistema. Mas não é todo e qualquer valor que se presta a constituir um sistema. Nem tampouco se constrói um sistema arrolando-se exhaustivamente todo e qualquer valor que posso extrair do ordenamento. Ao sistema interessam tão somente os “valores *fundamentais* mais profundos, portanto até aos princípios gerais duma ordem jurídica; trata-se, assim, de apurar, por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio iuris* determinante. Pois só assim podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão ‘orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002, p. 18.

generalização sobre o qual a *unidade* da ordem jurídica (...) se torna perceptível.⁴³”

Portanto, o “sistema deixa-se, assim, definir, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o de unidade interna à característica dos princípios gerais.⁴⁴”

Desta feita, ordenação e adequação valorativa, bem como unidade, são elementos chave a um sistema. Possível afirmar, na esteira dos ensinamentos de Canaris, que o “papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frisar, o *de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica*.⁴⁵”

Referido tratamento sistemático das normas é, mais uma vez ressaltamos, de natureza normativa. Ou seja, é conferido pelo ordenamento. Trata-se do regime jurídico que se emprega a um determinado ramo do direito. Ramo esse para o qual procuramos extrair princípios e valores essenciais próprios, que o distinguem de outros ramos do direito.

⁴³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3^a edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002, p. 77.

⁴⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3^a edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002, p. 77.

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3^a edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002, p. 23.

Entendemos que, à luz do direito pátrio, é possível efetivamente isolar um conceito de direito urbanístico, com valores e princípios próprios. Princípios esses que impregnarão a atividade sancionadora na esfera urbanística, conforme pedimos vênua para abordar um pouco mais adiante.

Traçaremos, neste ponto, breves considerações sobre princípios.

Canotilho afirma que “o sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios.⁴⁶” Trata-se de um sistema normativo onde a “estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de *normas*⁴⁷”. Essas normas, a seu turno, podem se revelar tanto por meio de regras quanto de princípios.

Portanto, os princípios não se resumem aos fundamentos de uma dada disciplina. E tampouco consistem em enunciados despidos de estrutura de norma jurídica, incapazes, assim, de deles decorrer “relações jurídicas disciplinadoras das condutas concretas⁴⁸”. Os princípios jurídicos “têm a estrutura qualitativa de normas jurídicas e podem, independente da edição regular as relações intersubjetivas. Tanto as regras

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 165.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 165.

⁴⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Normas gerais de direito urbanístico*. Revista de direito administrativo. Volume 239 – janeiro/março 2005 Rio de Janeiro : Renovar, p. 72.

quanto os princípios são normas jurídicas e, nesse sentido, passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico, consistindo ambos em manifestações irreduzíveis do deôntico.⁴⁹”

Regras e princípios, todavia, são qualitativamente distintos. As regras têm grau de abstração reduzido, são suscetíveis de aplicação direta, “prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWORKIN : *applicable in all-or-nothing fashion*)⁵⁰”.

Os princípios, a seu turno, têm maior grau de abstração, são vagos e indeterminados, com vários graus de concretização.

Para Ricardo Marcondes Martins, estribado nos ensinamentos de Robert Alexy⁵¹, princípios e regras têm diferença estrutural :

“princípios são normas que ordenam que se realize algo *na maior medida possível*, são, nesse sentido, *mandados de otimização* realizáveis de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas; regras são normas que exigem um *cumprimento pleno*, sendo somente

⁴⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Normas gerais de direito urbanístico*. Revista de direito administrativo. Volume 239 – janeiro/março 2005 Rio de Janeiro : Renovar, p. 72.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 167.

⁵¹ ALEXY, Robert. *Principios Jurídicos y Razón Práctica*. In : *Derecho y Razón Práctica*. 2 reimpr. Corrig. México : Fontanamara, 2002, p. 13-14. Conforme referência fornecida por Ricardo Marcondes Martins.

cumpridas ou descumpridas, são, nesse sentido, *determinações* no campo das possibilidades fáticas e jurídicas.⁵²”

O sistema normativo necessita tanto de regras quanto de princípios. Em um sistema composto apenas de regras preponderaria a segurança jurídica, mas “não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema como o constitucional, que é necessariamente aberto.⁵³”

A seu turno, um hipotético sistema onde houvesse apenas princípios “levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.⁵⁴”

Princípios e regras devem, assim, conviver num dado sistema jurídico.

Nada obstante, os princípios têm um papel fundamental ao sistema. Têm eles função normogenética e sistêmica, o que lhes permite, consoante leciona Canotilho, “cimentar” o sistema, dar-lhe coesão

⁵² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Normas gerais de direito urbanístico*. Revista de direito administrativo. Volume 239 – janeiro/março 2005 Rio de Janeiro : Renovar, p. 72.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 169.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 169.

e unidade. São os princípios que permitem ao sistema respirar, legitimar-se, se enraizar, caminhar. Servimo-nos mais uma vez dos ensinamentos de Canotilho para especificar cada uma dessas características :

“A respiração obtém-se através da ‘textura aberta’ dos princípios; a legitimidade entrevê-se na ideia de os princípios consagrarem *valores* fundamentadores da ordem jurídica; o enraizamento prescreta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de *instrumentos processuais e procedimentos adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição.⁵⁵”

O sistema jurídico do Estado Democrático de Direito do Brasil, tal qual o português, também é composto por regras e princípios. Princípios que consagram determinados valores, e “cimentam” as normas do ordenamento, num todo orgânico. Que veiculam valores “fundamentadores” da ordem jurídica. Que se encontram devidamente enraizados em referências extraídas da própria realidade social.

No campo do direito urbanístico não é diferente. Há no ordenamento jurídico princípios que veiculam determinados valores, conferindo unidade e coesão a um verdadeiro subsistema de normas, trazendo a esse ramo do direito um regime jurídico peculiar, que o distingue de

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 170.

outros ramos do direito. Referido regime jurídico impregnará, conforme nosso entendimento, a atividade sancionadora urbanística. Vejamos.

3.4.1 - Aspectos negativos

Diante do tratamento dado pelo nosso ordenamento, optamos por iniciar a presente explanação apontando para ramos do direito que se distinguem do direito urbanístico.

Ou seja, ramos do direito com valores, finalidades e princípios próprios, distintos do direito urbanístico. Ramos que, em especial, foram tratados pelo Direito Constitucional como ramos diversos, inconfundíveis com o direito urbanístico.

Basta singela leitura do texto constitucional para verificamos que não se confunde o direito urbanístico com o direito ambiental, tratado distintamente pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal.

Da mesma forma, o direito urbanístico não pode ser confundido, com o direito civil, ou mesmo o direito comercial, matérias afetas à competência legislativa exclusiva da União, nos termos do inciso I, do

artigo 22, da Constituição Federal. E, tampouco com o direito administrativo, com quem guarda, todavia, estreita afinidade.

As distinções entre os diferentes ramos do direito, além de alicerçadas na repartição de competências constitucionais, se fundam, ainda, em princípios e valores próprios de cada um dos ramos de direito que são veiculados por intermédio do ordenamento.

Definir a que ramo pertence determinado instituto tem conseqüências das mais importantes. Somente assim será possível verificar o regime jurídico aplicável ao instituto, com os princípios e valores que lhe são inerentes. E, ainda, conforme já exposto, as competências constitucionais para agir e legislar. Entendemos que, em se caracterizando a atividade sancionadora como pertencente ao ramo do direito urbanístico, a mesma deverá obediência aos valores e princípios do apontado ramo do direito, inconfundível, por exemplo, com o direito civil, ou mesmo o direito administrativo ou ambiental.

Pedimos licença para tratar, de forma abreviada, das principais distinções entre o direito urbanístico e o direito administrativo, o direito ambiental e o direito civil.

3.4.1.1 - Do direito administrativo e do direito urbanístico.

Buscaremos, de forma bastante simplificada, traçar as linhas divisórias entre o direito administrativo e o direito urbanístico.

Têm os diferentes entes administrativos competência plena no que toca à edição de normas de direito administrativo. Referida competência é decorrente da autonomia dos entes federativos veiculada, também, pelo artigo 18, *caput*, da Constituição Federal. Autonomia que envolve a capacidade de autogoverno, de organização, e, conseqüentemente, de editar normas de direito administrativo. Diversamente do que ocorre com a competência para editar normas de direito urbanístico, conforme já abordado anteriormente. Enquanto na esfera administrativa têm, cada um dos entes, competência plena, no direito urbanístico a competência da União é para edição de normas gerais, às quais os demais entes devem respeito. Concentrando-se a política de desenvolvimento urbano nas mãos do ente Municipal, por expresse comando constitucional, veiculado no artigo 182, da Lei Maior.

A distinção não se cinge apenas na competência para legislar. Têm, direito administrativo e direito urbanístico objetos distintos. Ainda que com muitos pontos de convergência.

Tanto o direito urbanístico quanto o direito administrativo pertencem ao ramo do direito que podemos chamar de direito público.

Muitas das providências levadas adiante no direito urbanístico o são por meio de atos administrativos. E a edição de referidos atos administrativos deve obediência aos ditames e princípios afetos ao direito administrativo. Ou seja, o ato administrativo em si rege-se por regras de direito administrativo.

Nada obstante, conforme bem coloca Celso Antônio Bandeira de Mello : “Certas parcelas do campo recoberto pela função administrativa, isto é, certos capítulos do Direito Administrativo são excluídos de sua órbita de estudos e tratados em apartado, *como ramos* – caso do ‘Direito Tributário’, do ‘Direito Financeiro’, do ‘Direito Previdenciário’ – *conquanto se constituam em unidades temáticas tão sujeitas ao regime jurídico administrativo como quaisquer outras.*⁵⁶”

Entendemos que convergem direito administrativo e urbanístico, no que toca a se lhes aplicar os princípios regedores do direito público.

Todavia, o direito urbanístico possui valores e princípios que lhe são próprios, e que lhe conferem especialidade. Foi tratado pelo ordenamento pátrio como ramo distinto, se submetendo a regime jurídico diverso.

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 35.

Iniciamos nossa singela explanação apresentando algumas definições de direito administrativo e da função administrativa.

Consoante o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷, consiste o direito administrativo no “*ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem*”. Função administrativa compreendida como “a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.*”

Agustín Gordillo também aponta como o objeto de estudo do direito administrativo a função administrativa. E, muito embora argumentando que “los elementos que integran la disciplina no deberían en principio ser incluidos en la definición de ésta, sino que debería buscarse una expresión que pudiera servir de síntesis a todos ellos⁵⁸”, afirmação com a qual concordamos, arrola o mestre argentino elementos que podem ser encaixados sob a locução “função administrativa”. Vejamos.

O exercício da função administrativa abarca :

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 34 e 35.

⁵⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*. Séptima edición. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. V-2.

“El estudio del *sujeto* que ejerce dicha función o sea la administración pública centralizada y descentralizada, a través de sus *órganos* jurídicos (...), de los *agentes* que se desempeñan en esos órganos y estructurada en forma de administración central (...), o descentralizada, con más la figura del ente independiente regulador de servicios públicos⁵⁹”.

Integram, ainda, o exercício da função administrativa:

“el estudio de las *formas jurídicas* que dicho ejercicio presente, es decir, los hechos, actos, contratos y reglamentos administrativos, el procedimiento administrativo, la licitación pública, las audiencias públicas, los servicios públicos; el análisis de algunas falsas *facultades*, ‘potestades’, o seudo ‘poderes’ que se le atribuyen por parte de la doctrina : ‘potestad jurisdiccional de la administración, ‘poder de policía’ (...)⁶⁰”

Por fim, fazem parte, também da função administrativa seus limites , com especial atenção à defesa do particular contra a atuação da Administração, assim como os meios materiais postos à disposição da atividade administrativa, onde se insere o estudo da propriedade e as limitações a esta imposta pela Administração.

⁵⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General*. Séptima edición. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. V-1.

⁶⁰ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General*. Séptima edición. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. V-1 e 2.

Nesses termos, para Gordillo, “el estudio del ‘ejercicio de la función administrativa’ es comprensivo no sólo de *quien* ejerce la función, sino también del *cómo* y con *qué fundamento*, con que medios y fundamentalmente *hasta dónde*, con qué limitaciones se la ejerce.” Nada obstante, não se confundiria o direito urbanístico com o direito administrativo : “El régimen jurídico del suelo, el aire y el agua se conjuga en otra rama autónoma del derecho administrativo, el derecho urbanístico.⁶¹”

Mas será que não se encaixaria a atividade urbanística sob uma das modalidades do exercício da função administrativa ?

De fato, seria possível ao direito administrativo agasalhar atividades que, apesar de levadas adiante no exercício da função administrativa, são de interesse do direito urbanístico. O próprio Gordillo aponta o direito urbanístico como um ramo, ainda que autônomo, do próprio direito administrativo.

Na esteira do parágrafo anterior, apenas a título de exemplo, podemos mencionar algumas atividades que integram a função administrativa, mas que vêm regidas de forma específica por normas de direito urbanístico, a demonstrar que, tal qual ensinou Celso Antonio Bandeira de Mello, duas realidades iguais podem ser regidas de maneira diferente: a realização de audiências públicas (é a audiência da população interessada uma das diretrizes do direito urbanístico, veiculada pelo inciso X, da Lei

⁶¹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Parte General*. Séptima edición. Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VIII-10.

Federal, 10.257/2001), a atividade de planejamento (o planejamento é arrolado como um dos instrumentos da política urbana, consoante o artigo 4º, inciso III, e suas alíneas, da Lei Federal 10.257/2001), e até mesmo o exercício da atividade sancionadora (o artigo 182, parágrafo 4, e seus incisos, da Constituição Federal traça hipóteses de sanções de natureza urbanística cabíveis ao proprietário que não promove o adequado aproveitamento do solo urbano).

Nada obstante, o fim do direito urbanístico não se resume ao estudo seja dos atos administrativos, ou tampouco dos agentes que exercem a função administrativa, ou mesmo dos meios materiais postos à disposição para o cumprimento da função pública. O ordenamento pátrio conferiu ao direito urbanístico regime jurídico próprio, o qual, em face de expresse comando constitucional, tem o objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e diretrizes próprias, traçadas, em especial, pelo artigo 2º, da Lei Federal 10.257/2001. Um objetivo claro, e especial em relação ao exercício da função administrativa.

O regime jurídico de determinada disciplina decorre, conforme já apontado acima, da “qualificação que o Direito lhe irroga”.

É o que ocorre com o Direito Administrativo o qual, conforme define Hely Lopes Meirelles, consiste no :

“no conjunto de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar, concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.”⁶²

Especial atenção deve ser dada ao uso da locução “conjunto de princípios jurídicos”, a indicar a natureza normativa do regime jurídico a que se submete cada um dos diferentes ramos do direito.

Da mesma forma, conforme trataremos mais adiante, o direito urbanístico também recebeu regramento jurídico próprio, com princípios e diretrizes que lhe são peculiares. E que o distinguem do direito administrativo. Ainda que ambos derivados daquilo que poderíamos chamar de tronco comum, ou seja, dos princípios gerais da Administração Pública, positivados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. Especial, portanto, o direito urbanístico em relação ao direito administrativo.

3.4.1.2 Do direito urbanístico e do direito civil.

É certo que o direito urbanístico tem também pontos de contato com o direito civil.

Mas, diferentemente do direito civil o direito urbanístico trata da regulação não individual, mas coletiva do espaço urbano.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1995,

Inegável que normas de natureza urbanística certamente interferirão na propriedade individual. Conforme bem apontado por Carlos Alberto Dabus Maluf⁶³, trazendo à baila os ensinamentos de Pedro Escribano Collado, “ ‘o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, a qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração⁶⁴”.

Arremata Carlos Alberto Dabus Maluf asseverando que “quando o município, no uso de sua exclusiva competência urbanística, interfere, por suas leis, nesse campo, não estará, como se costuma dizer, invadindo o campo de competência da União, porquanto não estará regulando as relações civis do direito de propriedade (competência federal), mas o seu aspecto urbanístico (competência local), com fundamento no princípio da função social da propriedade⁶⁵”.

Carlos Ari Sundfeld também distingue o direito urbanístico do direito civil, ou mesmo do direito administrativo, nos termos seguintes, ao argumentar que o direito urbanístico :

p. 29.

⁶³ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade : de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2005, p.120.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana. *Revista de Direito Público*. São Paulo, 1980, p. 53.

“contrapôs-se ao direito civil clássico ao deslocar do âmbito puramente individual para o estatal as decisões básicas quanto ao destino das propriedades urbanas (princípio da *função social da propriedade*). Em consequência, ampliou o objeto do direito administrativo, para incorporar medidas positivas de intervenção na propriedade, deixando para trás as limitadas medidas de polícia, de conteúdo negativo.”⁶⁶

Tampouco há como se confundir o direito urbanístico com o direito de construir, ou mesmo o direito de vizinhança. Embora, mais uma vez reafirmo, são ramos que muitas vezes se imbricam uns nos outros.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, o “*direito urbanístico* não se confunde com o *direito de construir*, nem com o *direito de vizinhança*, embora mantenham íntimas conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrem, sem qualquer colisão, visto que protegem interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes. Realmente, o *direito de construir* e o *direito de vizinhança* são de *ordem privada* e disciplinam a construção e seus efeitos nas relações com terceiros, especialmente com os confinantes, enquanto o *direito urbanístico* ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele interferem, através de imposições de *ordem pública*, expressas em normas de uso e ocupação do solo urbano ou urbanizável, ou de proteção

⁶⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade : de acordo com novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2005, p.121.

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In : DALARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 46.

ambiental, ou enuncia regras estruturais e funcionais da edificação urbana coletivamente considerada.⁶⁷”

Portanto, em apertada síntese, a disciplina do direito de propriedade em seu aspecto individual e privado, concerne ao direito civil. A organização dos espaços habitáveis em seu contexto coletivo é matéria afeta ao direito urbanístico, ramo do direito público, regido por princípios peculiares, consoante trataremos mais adiante.

3.4.1.3 Do direito urbanístico e do direito ambiental.

Tampouco se confundem o direito ambiental e o direito urbanístico, ainda que consistindo em ramos do direito intimamente imbricados.

Tem o direito ambiental, como objeto, o meio ambiente. Intervindo referido ramo do direito com a finalidade de proteger a degradação do meio ambiente. Resta trazer maiores esclarecimentos acerca da definição de meio ambiente e de direito ambiental. Tomemos, portanto, algumas definições de direito ambiental, assim como de seu objeto, fornecidas pela doutrina e também pela legislação.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 515. Cabe, aqui, todavia, uma ressalva. As regras relativas a uso e ocupação do solo, ou mesmo padrões de construção exigidos através do

Pinto Ferreira define direito ambiental como “o conjunto de normas e princípios que tem por finalidade a manutenção de um equilíbrio adequado nas relações entre o homem e o seu meio ambiente⁶⁸”. Consistindo o meio ambiente, ou seja, o objeto do direito ambiental, no “complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos, atuando na vida e no comportamento de tais seres.⁶⁹”

José Afonso da Silva, a seu turno, define meio ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.*”⁷⁰ Portanto, para José Afonso da Silva, integrariam o objeto do meio ambiente os aspectos seguintes :

“I – *meio ambiente artificial*, constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações

II – *meio ambiente cultural*, integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico que, embora artificial, em regra, como obra do Homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou;

planejamento urbano integrariam, sim, a nosso ver, a organização dos espaços habitáveis. E pertenceria, pois, ao direito urbanístico.

⁶⁸ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira. Volume 7. Artigos 193 a 245*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 331.

⁶⁹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira. Volume 7. Artigos 193 a 245*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 335.

⁷⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p.20.

III – *meio ambiente natural*, ou *físico*, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora; enfim, pela interação dos seres vivos seu meio⁷¹”

E, como fundamento à tutela do meio ambiente, teríamos sua degradação. Quando referida degradação passa a ameaçar o bem-estar e a qualidade de vida, entra em cena o sistema jurídico protetivo do meio ambiente. Nesse contexto, consiste o Direito Ambiental objetivo “no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente⁷²”. Trata-se, em suma, de ramo de direito público, que tem por objeto a “ordenação da qualidade do meio ambiente com vista a uma boa qualidade de vida”.

Para Edis Milaré, o Direito Ambiental abarca “não só o meio ambiente natural – as condições físicas da terra, da água e do ar, mas também o meio ambiente humano – condições produzidas pelo homem e que afetam sua existência no Planeta.⁷³” E arremata, fornecendo, como conceito de Direito do Ambiente, “o *complexo de princípios e normas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.*⁷⁴”

⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p.21.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p.42.

⁷³ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 56.

⁷⁴ MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 93.

Conta, ademais, o direito pátrio com uma definição legal de meio ambiente. Dispõe o artigo 3º, inciso I, da Lei Federal 6.938, de 31.8.1981 que se entende por “meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”

Mais uma vez apresentado um conceito lato de meio ambiente, que não se resume a um mero rol de elementos da natureza a proteger, mas abarca não apenas referidos elementos, mas também o homem, os demais seres vivos, e as relações destes com o meio físico que os cerca.

E não se trata de tutelar qualquer meio ambiente, mas sim o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme dispõe o artigo 225, caput, da Constituição Federal. Conforme bem aponta Édis Milaré, que o objeto direito ambiental “não é qualquer meio ambiente. O que é objeto do direito é o meio ambiente qualificado. O direito que todos temos é a qualidade satisfatória, o equilíbrio ecológico do meio ambiente. Essa qualidade é que se converteu num bem jurídico.”⁷⁵

Diante do quanto apresentado, verificam-se, sim, pontos de estreita ligação entre o direito urbanístico e o direito ambiental. Mormente diante da tutela, pelo direito ambiental, também daquilo que os

⁷⁵ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 113 e 114. Nesse sentido, também : FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999, p.213.

autores apontam como meio ambiente artificial ou cultural. Nesse sentido, também, o tratamento legislativo recebido conferido à matéria. O artigo 21, inciso XX, da Constituição Federal, ao estabelecer a competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano aponta, como integrantes deste desenvolvimento urbano a habitação, os transportes urbanos e o saneamento básico. É o saneamento básico atividade que indubitavelmente visa a preservar a degradação do meio ambiente.

Da mesma forma, o artigo 2º, da Lei Federal 10.257/2001, que veicula diretrizes gerais do direito urbanístico, veicula, notadamente em seus incisos I, IV, VI, letra “g”, VIII, XII e XIV, nítida preocupação com o meio ambiente, objeto que, em tese, também é tutelado pelo direito ambiental. Dispõe a lei nos termos seguintes :

“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do

território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

(...)

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

(...)

g) a poluição e a degradação ambiental;

VII – 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;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

(...)

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

(...)

XIV – 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,

consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;”

Singela leitura do texto legal revela a preocupação, no seio do direito urbanístico, com questões afetas ao meio ambiente.

Aliás, o direito ambiental tem estreito liame não apenas com o direito urbanístico, mas com diversos ramos do direito. Conforme bem aponta Paulo José Leite Farias, “normas de variados ramos do direito – como o direito constitucional, econômico, civil, comercial, consumidor, administrativo, tributário, etc. – passam a carregar a racionalidade da preservação, redimensionando a legitimidade do direito.”⁷⁶

Todavia, ainda que imbricados, direito urbanístico e direito ambiental não se confundem. A começar pelo fim último de cada um desses ramos do direito. Enquanto ao direito ambiental importa tutelar, em apertada síntese, os processos de degradação ambiental, ao direito urbanístico concerne a organização dos espaços habitáveis, e das funções básicas relativas a esse espaço, quais sejam, morar, circular, trabalhar e divertir-se. Com vistas, sempre, ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

⁷⁶ FARIAS, Paulo José Leite. *Competência Federativa e Proteção Ambiental*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 225.

Inegável que o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade exige respeito ao meio ambiente. Mas é também verdade que, muitas vezes, os objetos tutelados por um e por outro ramo do direito entram, sim, em conflito : atividades como transportes e construção de moradias são potencialmente poluidoras, mas devem ser levadas adiante para o bem-estar da população. Há que se buscar, sempre, a conciliação entre o desenvolvimento econômico-social e preservação do meio ambiente, corolário do desenvolvimento sustentável. Conciliação que implica na existência de diferenças, e na necessidade de harmonizar tais diferenças.

Assim sendo, insistimos, diferem fundamentalmente o direito urbanístico e o direito ambiental quanto ao fim que se busca em razão da tutela jurídica : para o direito ambiental, a proteção contra a degradação. Ao direito urbanístico, em que pese ser importante a preservação ambiental, busca conciliar essa preservação com o desenvolvimento urbano e com a dotação dos espaços habitáveis de elementos necessários ao bem-estar dos habitantes, tais como transportes, moradia, saneamento, lazer, serviços e equipamentos públicos, para citar alguns. A preocupação com a degradação ambiental é um fim, mas não o único fim afeto ao direito urbanístico.

É, ademais, o direito ambiental regido por princípios que lhe são peculiares, e que lhe conferem roupagem de ramo do direito diverso do urbanístico. Sem a menor pretensão de esgotar a matéria podemos fazer breve referência aos princípios da prevenção (há que se

priorizar as medidas que previnam os danos ambientais antes destes ocorrerem), da precaução (nos termos do Princípio de Número 15, de Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, ante a ameaça de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental), ou mesmo do poluidor-pagador (aquele que utiliza os recursos naturais, e não a comunidade, deve suportar seus custos). São princípios peculiares ao direito ambiental.

Temos, assim, fins e princípios distintos a reger um e outro ramo. Princípios constitucionalmente consagrados, em especial nos artigos 182 e 225, da Lei Maior, e que exigem ponderação quando da aplicação de toda e qualquer norma. E com incidência necessária, seja no exercício da atividade legislativa, ou mesmo da função administrativa ou jurisdicional. Mas cada qual pertencente a ramo distinto do direito.

Pedimos licença para prosseguir, trazendo um esboço do conceito de direito urbanístico.

3.4.2 – Do conceito de direito urbanístico – princípios e valores

Inegável que o direito, em um dado local e numa determinada época, é uno. Não há vários direitos, mas um só.

Nada obstante, consoante o magistério de Regina Helena Costa, embora seja o direito “uma unidade, é lícito falar-se em autonomia didática e autonomia científica dos ramos da Ciência do Direito.”⁷⁷

Prossegue Regina Helena Costa distinguindo autonomia didática de autonomia científica, valendo-se dos ensinamentos de José Afonso da Silva :

“A primeira, justificada pela oportunidade de circunscrever o estudo a um grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente a seu objeto, mas ainda se acham sujeitas a princípios de outro ramo; a segunda, quando além da necessidade indicada, verifica-se a formação de princípios e institutos próprios.”⁷⁸

Portanto, haveria autonomia científica de um determinado ramo do direito somente ante a existência de normas específicas àquele ramo. Insere-se a questão da dita autonomia científica, assim, no âmbito do Direito Positivo.

O Direito Urbanístico, para Regina Helena Costa, teria apenas autonomia didática, em face da ausência, à época em que foi escrito o artigo ao qual me reportei acima, de norma geral de Direito

⁷⁷ COSTA, Regina Helena. Princípios de Direito Urbanístico na Constituição de 1988. In : *Temas de Direito Urbanístico – 2*. In : DALLARI, Adílson Abreu e (Coord). São Paulo : RT, 1991, p. 114

⁷⁸ SILVA, José Afonso. *Direito urbanístico brasileiro* . 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 42.

Urbanístico⁷⁹. Nada obstante, seria possível extrair princípios do Direito Positivo relativos ao Direito Urbanístico.

Hoje, todavia, conforme já apontado, dispomos de norma geral de direito urbanístico, qual seja, a Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, e que “regulamenta⁸⁰” os artigos 182 e 183 da Constituição Federal do Brasil.

Mas será que podemos mesmo falar na existência de um direito urbanístico, dotado de autonomia não apenas didática, mas científica ? Entendemos que sim.

Em primeiro lugar, tratou a Constituição Federal, de forma expressa, do direito urbanístico. Nos termos do artigo 24, inciso I, da Carta Magna, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre, dentre outros ramos, direito urbanístico. Espancada, assim, qualquer dúvida sobre se tratar o direito urbanístico de ramo autônomo, haja vista ter recebido tratamento, como tal, pela Constituição da República de 1988.

Todavia, como bem aponta Carlos Ari Sundfeld :

⁷⁹ Hoje já dispomos de tal norma geral, representada pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, e que “regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”. Cabe todavia ressaltar que o uso da expressão “regulamentar” se dá de forma equívoca, haja vista não se tratar de ato do Chefe do Executivo, expedido nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

“o mero *status* constitucional, embora importante, não contribui muito para resolver o dilema existencial de todo ramo jurídico – o do seu *critério diferenciador* (...) Desse modo, continua sendo útil debater a respeito da *identidade* – e, portanto, da autonomia – do direito urbanístico⁸¹” (48)

Com a devida vênia, entendemos que referida identidade existe e pode ser extraída de nosso ordenamento. Mesmo diante das divergências dos doutrinadores acerca da definição de direito urbanístico e de sua efetiva autonomia. Tentaremos, de forma suficientemente sintética, trazer os ensinamentos de alguns autores pátrios e estrangeiros, acerca do conceito de direito urbanístico, e dos princípios regedores desse ramo do direito. Com indicação, ao final, especialmente de princípios, mas também de valores que consideramos afetos ao direito urbanístico, formadores de um subsistema de normas de direito urbanístico, verdadeiro ramo autônomo do direito, inclusive na sua acepção científica, à luz do direito vigente.

O crescimento acelerado e sem planejamento das cidades⁸² trouxe consigo conseqüências nefastas : concentração de população nas zonas urbanas, ocupação desordenada, poluição, ocupação de áreas de proteção ambiental e de áreas públicas, exclusão dos mais pobres,

⁸⁰ Pedimos vênia para mais uma vez ressaltar o quanto já apontado acima. O uso da expressão “regulamentar” se dá de forma equívoca, haja vista não se tratar de ato do Chefe do Executivo, expedido nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal.

⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In : DALARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 48.

concentração de renda, especulação imobiliária, violência, trânsito caótico, desprezo aos idosos e aos portadores de deficiência, parcelamento ilegal do solo, construções em desconformidade com os parâmetros legais, ausência de equipamentos públicos suficientes, dentre outras tantas.

Em que pese o fenômeno da concentração de população nas cidades ser recente e fruto, principalmente, da revolução industrial, a preocupação com o urbanismo remonta a Roma Antiga⁸³.

Todavia, conforme bem aponta José Afonso da Silva, “embora as cidades existam há cerca de 5.500 anos, a urbanização constitui fenômeno tipicamente moderno”⁸⁴.

Para José Afonso da Silva a urbanização consiste no “processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural”⁸⁵.

Prossegue o renomado autor asseverando que “a urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca desorganização social, com carência de habitação, desemprego,

⁸² Pedimos licença para nos reportar ao quanto já dito anteriormente sobre cidades, e acerca de o direito urbanístico não se limitar à mancha urbana, mas abranger todos os espaços habitáveis.

⁸³ José Afonso da Silva, fazendo remissão à *Enciclopédia Ilustrada Européia Americana*, t. 65, p. 1336, narra que, após o incêndio provocado por Nero em Roma, previu-se, na reconstrução da cidade, criação de ruas largas, edifícios com limitação de altura, praças amplas e distantes dos prédios existentes.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 20.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 26.

problemas de higiene e saneamento básico. Modifica a utilização do solo e transforma a paisagem urbana”⁸⁶.

A urbanização, assim, é apontada pelo autor como o problema.

E o urbanismo surge, a seu turno, como o meio para correção dos desequilíbrios causados pela urbanização. Ou seja, como técnica para adequada ordenação dos espaços habitáveis.

No contexto acima, conforme prossegue José Afonso da Silva, o direito urbanístico, tomado em seu sentido objetivo, “consiste no conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”⁸⁷. Espaços esses tanto urbanos quanto rurais, dada a visão integrada que se tem da cidade.

Hely Lopes Meirelles parte, também, de uma definição de urbanismo, para então construir seu conceito de direito urbanístico.

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 27.

⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 48. O autor distingue o direito urbanístico enquanto conjunto de normas, a que denominou direito urbanístico objetivo, do direito objetivo enquanto ciência, entendido como “o ramo do Direito Público que tem por objeto expor, interpretar e sistematizar as normas e princípios disciplinadores dos espaços habitáveis.”

Para Hely Lopes Meirelles, “*Urbanismo é o conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade. Entendam-se por espaços habitáveis todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer das quatro funções sociais : habitação, trabalho, circulação, recreação.*”⁸⁸

Arremata o saudoso Hely Lopes Meirelles, afirmando que o urbanismo atua por intermédio de normas de duas ordens : “*normas técnicas* de planejamento e construção, recomendadas pelas ciências e pelas artes que lhe são tributárias; e *normas jurídicas* de conduta social, exigidas e impostas pelo ordenamento legal vigente. As primeiras disciplinam a utilização do solo, o traçado urbano, as áreas livres e os espaços verdes, as edificações, o sistema viário, os serviços públicos e o que mais se relacione com a ordenação espacial e a organização comunitária; as últimas visam a assegurar coercitivamente a observância das regras técnicas. Aquelas são *normas-fins*; estas, *normas-meios.*”⁸⁹

Será com esta finalidade de norma-meio que surgem as sanções administrativas urbanísticas, consoante será mais adiante tratado.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14^a edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 511. As quatro funções sociais do urbanismo, conforme bem apontam os autores, são fruto de conclusões obtidas quando da realização do Congresso Internacional de Arquitetura Moderna, realizado em Atenas, no ano de 1933, corporificadas na Carta de Atenas.

O urbanismo, portanto, conforme anotado por Hely Lopes Meirelles, exige amparo legal para sua atuação : “não há, nem pode haver, atuação urbanística sem imposição legal. Isto porque o urbanismo é feito de limitações de ordem pública ao *uso* da propriedade particular e ao *exercício* de atividades individuais, que afetam a coexistência social.⁹⁰”

E o estudo dessas imposições legais é afeto ao direito urbanístico, assim definido pelo Ilustre Autor, como : “*ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, nos seu conjunto cidade-campo*⁹¹”.

Prossigamos.

À semelhança, Regina Helena Costa parte, também, de uma concepção de urbanismo para chegar ao conceito de direito urbanístico.

Regina Helena Costa esposa a definição de urbanismo de Hely Lopes Meirelles, já tratada anteriormente, para concluir o quanto segue :

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 512.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 513.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 513

“Constituindo-se na disciplina jurídica do Urbanismo, o Direito Urbanístico possui objeto bastante amplo. Abrange todas as regras jurídicas que cuidem do planejamento urbanístico, do uso e da ocupação do solo urbano (parcelamento, loteamento, proteção ambiental), da ordenação da atividade edilícia (zoneamento, licenças urbanísticas) e da utilização de instrumentos de intervenção urbanística (desapropriação, tombamento, servidão administrativa).⁹²”

Para outros autores, o direito urbanístico seria parte integrante do direito administrativo. Nesse sentido os ensinamentos de Ricardo Estévez Goytre, o qual se faz acompanhar por Jesus Gonzalez Pérez. Posição com a qual, conforme já apontado acima, e com a devida vênua, não nos alinhamos, à luz do ordenamento pátrio.

O Ricardo Estevez Goytre trata o direito urbanístico como uma parte do direito administrativo que tem por objeto a regulação do regime jurídico aplicável às distintas classes de solo, tornando compatível o direito à edificação com uma série de deveres estabelecidos em benefício da comunidade, seja pela legislação urbanística aplicável, ou pelo planejamento urbanístico⁹³.

Para Ricardo Estévez Goytre, muitas das definições se pautam mais pela explicitação do conteúdo do direito urbanístico, do que propriamente pelo seu conceito. Ricardo Estévez Goytre define o direito

⁹² COSTA, Regina Helena. Princípios de Direito Urbanístico na Constituição de 1988. In : *Temas de Direito Urbanístico – 2*. In : DALLARI, Adílson Abreu e (Coord). São Paulo : RT, 1991, p. 110.

urbanístico, nos termos dos ensinamentos de Carceller Fernández, como o conjunto de normas jurídicas que, por si mesmas, ou por meio do planejamento, estabelecem o regime urbanístico da propriedade do solo e ordenação urbana e regulam a atividade administrativa relativa ao uso do solo, urbanização e edificação⁹⁴.

Inegável que, em grande parte, o direito urbanístico se manifesta por meio da atividade administrativa. É o que ocorre com a expedição de licenças. Ainda assim entendemos que, inclusive à luz do tratamento dispensado pelo ordenamento, com previsão expressa e autônoma de competência para legislar sobre direito urbanístico (artigo 24, inciso I, da Constituição Federal), não se confunde este ramo com o direito administrativo, conforme já abordado anteriormente.

Integraria, também, o conteúdo do direito urbanístico, nos termos dos ensinamentos de Sérgio Ferraz, conforme bem apontado por Lúcia Valle Figueiredo, a “**preservação** do patrimônio coletivo, histórico-cultural, estético e da ‘higidez do meio ambiente’ ”⁹⁵, uma vez que interferem no ordenamento urbano.

Por sua vez, Daniela Campos Libório di Sarno rejeita um critério exclusivamente orgânico, ou seja, um critério subjetivo de direito urbanístico. Aponta a autora que, sob “um aspecto geral, não se pode

⁹³ GOYTRE, Ricardo Estévez. *Manual básico de derecho urbanístico*. Granada : Comares, 2002, p. 20.

⁹⁴ GOYTRE, Ricardo Estévez. *Manual básico de derecho urbanístico*. Granada : Comares, 2002, p. 19.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 35.

limitar o Direito Urbanístico à função exercida por um dos Poderes estatais (Judiciário, Legislativo, Executivo), excluindo desde logo um critério exclusivamente orgânico (subjetivo) para sua conceituação. É certo que grande parte da realização das funções urbanísticas ocorre com o envolvimento do Poder Executivo, mas tal critério é insuficiente para defini-lo, seja em razão da necessária participação do Poder Legislativo, ou do Poder Judiciário, para dirimir controvérsias, seja em razão da necessária caracterização de seu objeto.⁹⁶”

De fato, eventuais valores urbanísticos, traduzidos em princípios constitucionais, não são de observância apenas pelo administrador, mas também devem nortear a atividade do legislador e do aplicador do direito.

Daniela Campos Libório di Sarno prossegue afirmando que a conceituação de direito urbanístico vai para além do agrupamento de normas em face da “mera coincidência de seu objeto (beleza, ruas e vilas, problemas sanitários)⁹⁷”, tal qual ocorria no século XIX. O conceito, hoje, tem sim seu aspecto material, qual seja, de institutos e de princípios próprios, mas também tem um aspecto substancial e teleológico.

Provido o direito urbanístico de um aspecto substancial, haja vista que “faz parte de um subsistema jurídico de

⁹⁶ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 32.

⁹⁷ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 32.

características próprias.⁹⁸ E teleológico uma vez que “a consecução das atividades urbanísticas trará a realização de seu objeto.⁹⁹”

Mais uma vez transpiram as noções de sistema e do aspecto teleológico a nortear a elaboração de um conceito de direito urbanístico.

Arremata, assim, Daniela Campos Libório di Sarno que “pode-se definir o Direito Urbanístico como um ramo do Direito Público que tem por objeto normas e atos que visam à harmonização das funções do meio ambiente urbano, na busca pela qualidade de vida da coletividade.¹⁰⁰”

Pedimos vênias para fazer menção aos ensinamentos de Fernando Alves Correia. Para o autor Português, “o direito do urbanismo é o conjunto de normas e de institutos respeitantes à ocupação, uso e transformação do solo, isto é, ao complexo das intervenções e das formas de utilização deste bem (para fins de urbanização e de construção, agrícolas e florestais, de valorização e protecção da natureza, de recuperação de centros históricos, etc.). Esta noção de direito do urbanismo – que se baseia num conceito amplo de ‘urbanismo’, como ciência que tem por objeto o território globalmente entendido, e não apenas o espaço da cidade ou da urbe (já que

⁹⁸ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 33.

⁹⁹ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 33.

¹⁰⁰ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 33.

esta não se apresenta como uma entidade com vida própria, independente e isolada, antes sofre influências de diversos tipos do vasto território em que está inserida)¹⁰¹”.

A essência do direito do urbanismo “reside na *harmonização* ou *compatibilização* entre os diferentes interesses implicados no uso e transformação desse bem essencial – por natureza escasso e irreprodutível – que é o solo, sendo, por isso, constituído por normas jurídicas cuja função precípua é a *ponderação de interesses* e a *superação dos conflitos de interesses* surgidos a propósito da utilização do mesmo (ponderação que reveste uma tríplice vertente : entre interesses públicos e privados colidentes, entre interesses públicos que não são coincidentes e entre interesses privados divergentes).¹⁰²”

Prossegue Fernando Alves Correia apontando para o objeto do direito urbanístico como sendo “os seguintes quatro grandes sectores : as *regras jurídicas* que disciplinam a ocupação, uso e transformação do solo, ou seja, as *normas* que determinam os tipos de modalidades de utilização dos solos, as quais podem ter como fonte a *lei* ou (...) os *planos territoriais* (...); o *direito e política de solos* (que inclui, entre o mais, o regime urbanístico do direito de propriedade privada do solo e os mecanismos de intervenção da Administração Pública nos solos urbanos); os *sistemas e instrumentos de execução dos planos* (...); o *direito administrativo da*

¹⁰¹ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2^a edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.54.

¹⁰² CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2^a edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.55.

construção, que abrange as regras técnicas e jurídicas a que deve obedecer a construção de edifícios (não somente as respeitantes à segurança, salubridade e estética das edificações, mas também normas que visam garantir, de acordo com os princípios do Estado de Direito Social, que as habitações sejam saudáveis e apresentem os requisitos [...] necessários para que se tornem verdadeiramente dignas do homem); e o contencioso do urbanismo¹⁰³”.

Fernando Alves Correia também identifica um especial liame existente entre o direito do urbanismo e o direito administrativo. Aponta o Ilustre autor que apesar de o direito do urbanismo não ter a natureza de “um ramo autónomo da ciência jurídica, deve reconhecer-se ao direito do urbanismo uma *substantividade* própria, que se expressa no facto de *matizar*, *adaptar* e às vezes, até *rectificar* os princípios e categorias gerais do direito administrativo.¹⁰⁴”

Nada obstante, conforme prossegue Fernando Alves Correia, é o direito do urbanismo especial em relação ao direito administrativo. O “direito do urbanismo, entendido como *especialidade* do direito administrativo, revela alguns *traços particulares* que o singularizam deste ramo do direito. Os mais importantes são os seguintes : a *complexidade das suas fontes*; a *mobilidade* das suas *normas*; e a natureza intrinsecamente *discriminatória* dos seus preceitos.¹⁰⁵”

¹⁰³ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.56.

¹⁰⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.59.

¹⁰⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.59. A complexidade das fontes exprime a idéia de que “no direito do urbanismo

O próprio Fernando Alves Correia¹⁰⁶, na esteira da doutrina, aponta, ainda, outros traços diferenciadores entre o direito urbanístico e o direito administrativo. Seriam características peculiares do direito do urbanismo : 1) “ser um *direito patrimonial*, onde se confrontam dois modos de uso da propriedade : um uso no interesse comum (...) e um uso no interesse privado”; 2) que “*reclama a intervenção de uma pluralidade de actores*, normalmente em situação conflictual”, dentre os quais Estado, autarquias, proprietários, vizinhos, associações de proteção ao meio ambiente; 3) que “*coenvolve fortes interesses económicos, financeiros e sociais*”; um direito “ ‘especializado’, isto é, um direito no qual uma grande parte das regras jurídicas se aplicam num âmbito territorial circunscrito”, tal qual ocorre com os planos, ou com as regras afetas a zonas de usos distintos.

Entendemos que adquire especial relevo, dentre os traços diferenciadores apontados, a complexidade das fontes, assim como a intervenção de uma pluralidade de atores na atuação da legislação urbanística.

Mas consideramos que é possível ir além. A natureza discriminatória é inerente a toda a regra, e não se presta a isolar o

aparecem conjugadas normas jurídicas de âmbito geral e regras jurídicas de âmbito local”, com especial relevo às últimas. Por mobilidade das normas expressa o autor manifesta a idéia de “alteração freqüente das normas jurídicas urbanísticas aplicáveis ao todo nacional (...) mas também na *flexibilidade* dos planos urbanísticos”. Por fim, o terceiro traço, qual seja, a natureza discriminatória se “assenta no facto de elas terem como finalidade definir os destinos das diversas áreas ou zonas do território, bem como as formas e intensidades de utilização das diferentes parcelas solo.” Conforme as zonas, os usos são diversos, consistindo a legislação em “fonte de desigualdades em relação aos proprietários.” Referida natureza discriminatória encontra limite, ou vetor axiológico, no princípio constitucional da igualdade.

direito urbanístico dos demais ramos do direito. Da mesma forma, aspectos econômicos são inerentes a inúmeros outros ramos do direito, tais como o direito comercial, o direito econômico, o direito tributário.

Ademais, a definição do direito urbanístico valendo-se tão somente de seus conteúdos não se mostra em harmonia com a idéia de sistema acima apresentada. Ainda que importantes referidos conteúdos à definição do direito urbanístico. Devemos ir além, extraíndo, em especial, princípios, e também valores do ordenamento, afetos ao direito urbanístico, que nos conduzam a uma definição deste ramo que abrace seus mais diversos conteúdos.

Entendemos que o direito urbanístico, pelo que já foi até aqui exposto, não é mera especialidade do direito administrativo.

Tem o direito do urbanismo, a nosso ver, princípios e valores que lhes são próprios, e caracterizadores de um subsistema de normas.

Conforme já tratado acima, à luz dos ensinamentos de Daniela Campos Libório di Sarno, a conceituação de direito urbanístico vai para além do agrupamento de normas em face da “mera coincidência de seu objeto (beleza, ruas e vilas, problemas sanitários)¹⁰⁷”.

¹⁰⁶ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.60, nota 76.

¹⁰⁷ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 32.

Transpiram as noções de sistema e do aspecto teleológico a nortear a elaboração de um conceito de direito urbanístico.

Mas quais seriam, então os princípios e valores essenciais a conferir unidade e ordenação ao direito urbanístico ? Qual o conceito de direito urbanístico resultante, inclusive para permitir lhe sejam encaixados conteúdos que lhe são afetos ?

A resposta à questão anterior deve ser fornecida, em essência, pela Constituição Federal.

O direito urbanístico enquanto, ramo do direito público, é impregnado, conforme já apontado, pelos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, veiculados no artigo 37, caput, da Constituição Federal, quais sejam : legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Princípios que incidem verticalmente no direito urbanístico. Ou seja, de cima para baixo, da Constituição Federal para o direito urbanístico. E não horizontalmente, do direito administrativo para o direito urbanístico. Preservando-se, assim, o entendimento por nós esposado de autonomia do direito urbanístico.

Pedimos vênias para deixar a uma outra oportunidade a análise dos referidos princípios, haja vista que tal abordagem afastar-nos-ia do objeto do presente trabalho.

Sem embargo, cumpre acrescentar que referidos princípios não são suficientes para isolar o conceito de direito urbanístico. Têm, ademais, vínculo com uma definição orgânica do direito urbanístico. Definição essa, conforme já apontado acima, que não é suficiente para chegar-se a um conceito de direito urbanístico.

Nesse sentido, aliás, os ensinamentos de Daniela Campos Libório di Sarno, que bem coloca o tema : “Indicar os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da moralidade, da publicidade, entre tantos outros, faz com que todas as normas de Direito Público sejam produzidas e executadas nas mesmas conformidades, dando segurança jurídica ao Estado e à sociedade. Porém, não especializa o tratamento a ser dado para certa matéria. Essa especialização, dentro do sistema jurídico, é de fundamental importância para atribuir autonomia à matéria enfocada. Os princípios gerais de Direito Público por certo devem ser considerados quando da análise de todos os ramos de Direito que o integrem. Princípios como o da publicidade, legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência (Constituição Federal, art. 37) devem estar presentes em todas as ações que envolvam o Poder Público, assim como os princípios tidos por implícitos, tais como o da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade.¹⁰⁸”

¹⁰⁸ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 45.

Para Daniela Campos Libório di Sarno, quanto mais específicos os princípios, “melhor ordenarão e organizarão¹⁰⁹” o ramo do direito urbanístico.

Na esteira do parágrafo anterior, consistiriam em princípios do direito urbanístico, esposando os ensinamentos de Daniela Campos Libório di Sarno, a conferir autonomia ao apontado ramo do direito, à luz do nosso ordenamento, os seguintes : 1) da função social da cidade; 2) da função social da propriedade; 3) da coesão dinâmica; 4) da subsidiariedade; 5) da repartição de ônus e distribuição de benefícios; 6) do planejamento;

Definida a função social da cidade como a “finalidade última das atividades urbanísticas”, e que traduz a “vocação do coletivo sobre o particular, dá respaldo e sustenta o princípio da função social da propriedade.” Em síntese, não apenas a propriedade, mas a cidade deve “existir e servir a seus habitantes.” É comando, aliás, imposto pelo artigo 182, da Constituição Federal.

Arremata Daniela Campos Libório di Sarno afirmando que ¹¹⁰, “os espaços urbanos são delimitados pelo exercício das funções tidas como essenciais para uma cidade, quais sejam : habitar, trafegar, trabalhar e divertir.” Nesse contexto, todas as “propriedades necessitam atingir de forma eficaz e plena sua função social, tanto a rural como a urbana”. Assim

¹⁰⁹ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 46.

sendo, a “função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e o privado, no qual este se submete àquele, pois o uso que se faz de cada propriedade possibilitará a realização plena do urbanismo e do equilíbrio das relações da cidade. Por certo que tais dispositivos, que interferem completamente no uso da propriedade, atingirão o seu conteúdo econômico, já que a função determina o direito de propriedade no uso e na disposição de sua propriedade”.

O proprietário, dessa maneira, já não mais pode usar seu bem como bem entender. O direito de propriedade hoje representa, nos dizeres de Francisco Eduardo Loureiro¹¹¹, um feixe de direitos. Ao direito do particular somam-se direitos coletivos, a dar nova moldura ao direito de propriedade. Referida moldura, de natureza coletiva, é fornecida não apenas pelo direito civil, mas pelo direito urbanístico, para que a propriedade atenda à sua função social. Nesse sentido, o artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal.

Acrescenta, ainda, Daniela Campos Libório di Sarno, que na “medida em que a ação urbanística se resolver, ela terá mudado a realidade do objeto trabalhado (não havia rua, agora há; a igreja estava ruindo, agora está bela) e, portanto, as ações urbanísticas posteriores terão de ser enfocadas segundo esta nova realidade.” Temos, aqui, o princípio da coesão dinâmica, a exigir a constante atualização dos planos, para fazer frente

¹¹⁰ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 48.

¹¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Tese de mestrado em direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2001.

às modificações levadas a cabo pelas intervenções urbanísticas. Como reflexo de tala princípio, pode-se apontar, por exemplo, mecanismos de revisão de planos urbanísticos. Nesse sentido, o parágrafo 3º, do artigo 40, da Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a exigir revisão da lei que instituir o plano diretor a cada 10 anos.

O Poder Público tem o dever de coordenar as ações relativas ao urbanismo. Nada obstante, há intervenção do particular, em essência, de duas maneiras : “a) no desenvolvimento de um processo que o Poder Público tenha iniciado (por exemplo : debates sobre o Plano diretor); b) tomando a iniciativa de propor ações urbanísticas tais e quais em certa região da cidade. Entende-se que esta última forma, se estiver acompanhada da responsabilização pelos custos da operação e desde que esteja em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, deve ser delegada ao particular pelo Poder Público sem eximir-se da fiscalização necessária e permanente.¹¹²”

Temos, assim, expressão do princípio da subsidiariedade. O qual, para Daniela Campos Libório di Sarno, legitimaria a intervenção da coletividade no desenvolvimento urbano, mas sem desvirtuar “a supremacia do interesse público sobre o privado.¹¹³”

¹¹² DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 52.

¹¹³ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 52.

Prosseguindo-se, aponta Daniela di Sarno, como manifestação do princípio da repartição de ônus e distribuição de benefícios “o tratamento isonômico que deve ser dado a todas as pessoas atingidas por atividades urbanísticas.¹¹⁴”

Finalmente, por força do princípio do planejamento exige-se, do Poder Público, a utilização de referido instrumento na consecução das atividades urbanísticas, nos termos dos artigos 174 e 182, ambos da Constituição Federal de 1988.

Regina Helena Costa também busca a autonomia do direito urbanístico à luz de princípios que lhe são próprios, extraíndo do “ordenamento jurídico, alguns vetores informadores desta matéria, verdadeiras diretrizes norteadoras de seu campo de incidência.¹¹⁵”

Para Regina Helena Costa integrariam os princípios informadores do direito urbanístico, extraídos de nosso ordenamento, os seguintes. Note-se que quando da lavra do artigo de Regina Helena Costa, ainda não havia sido editada a Lei Federal 10.257/01 (Estatuto da Cidade), cingindo-se a remissão às normas, quase com exclusividade, ao texto constitucional :

¹¹⁴ DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004, p. 54.

¹¹⁵ COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. in : DALLARI, Adílson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico – 2*. São Paulo : RT, 1991, p. 109.

- “a) *Princípio da função social da propriedade* (arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV, XXVI; 170, III; 182, *caput* e parágrafo 2º; 184, *caput*; 185, parágrafo único e 186), segundo o qual a propriedade deve ser utilizada de forma condizente com os fins sociais a que ela se preordena;
- b) Princípio da subsidiariedade (art. 173), pelo qual se confere preferência aos particulares na implementação do planejamento urbanístico, desde que estes possam fazê-lo de maneira adequada e suficiente;
- c) *Princípio de que o urbanismo é função pública* (implícito no Texto Constitucional – arts. 21, IX, XX, XXI; 23, IV; 25, parágrafo 3º; 30, VIII; 43; 216, *caput* e parágrafos 1º e 5º), segundo o qual o Urbanismo é um poder-dever do Estado, na medida em que se constitui como o poder enquanto dirigido a uma finalidade de interesse coletivo e cujo exercício se revela num dever jurídico;
- d) *Princípio da afetação das mais-valias ao custo da urbanificação* (arts. 5º, XXIV, e 145, inc. III da Constituição da República e art. 4º, o Decreto-lei 3365/41), pelo qual os proprietários devem satisfazer os gastos dela decorrentes dentro dos limites do benefício por eles auferido, e cuja aplicação prática é demonstrada pelos instrumentos da desapropriação por zona, quando é expropriada área contígua à necessária para a obra em face de um aumento extraordinário em seu valor e, da contribuição de melhoria.¹¹⁶”

¹¹⁶ COSTA, Regina Helena. Princípios de direito urbanístico na Constituição de 1988. in : DALLARI, Adílson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Temas de direito urbanístico – 2*. São Paulo : RT, 1991, p. 109.

Pedimos vênia para trazer à colação, ainda, os princípios afetos ao direito do urbanismo, segundo o magistério de Fernando Alves Correia. O ilustre autor Português indica, em seu trabalho, as regras e princípios constitucionais do direito do urbanismo. Faz o autor, todavia, referência não a todos os ditos princípios e regras, “mas tão-só aqueles que se situam no *núcleo essencial do corpus* constitucional do urbanismo.¹¹⁷”

Para Fernando Alves Correia os princípios regedores do direito urbanístico, em apertada síntese, e de forma apenas enunciativa, são os seguintes¹¹⁸ :

1) direito do urbanismo e direito fundamental à habitação : “o artigo 65º, n. 2, alínea a), da Constituição considera o direito do urbanismo como uma garantia do direito fundamental à habitação, ao determinar que, para assegurar este direito, incumbe ao Estado ‘programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social’¹¹⁹”.

2) urbanismo como tarefa ou função pública : temos, aqui, o “urbanismo como uma *função pública* e não como uma simples actividade privada. No actual Estado de Direito Social as decisões básicas sobre o urbanismo deixaram de pertencer aos proprietários do solo, para serem cometidas à Administração, a

¹¹⁷ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 117.

¹¹⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 118, e seguintes.

¹¹⁹ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 118.

quem cabem funções de planeamento, gestão e controlo das actividades com reflexos na ocupação, uso e transformação do solo.¹²⁰”

3) urbanismo como espaço de condomínio de interesses estaduais, regionais e locais : há, no que toca ao urbanismo, concurso de interesses de Estado, regiões autónomas e autarquias locais. O que dá azo à atuação concorrente e concertada.

4) princípio da cooperação entre vários sujeitos de direito público na formação e execução dos planos territoriais;

5) direito de participação dos interessados na elaboração dos planos e, em geral, na atividade urbanística da Administração Pública : é garantido pela Constituição Portuguesa a participação dos interessados “na elaboração dos instrumentos de planeamento físico do território.¹²¹” Trata-se de um “direito de participação *em sentido amplo*, que abrange diferentes *formas e níveis de intensidade* de participação, diversos *momentos*, no contexto do procedimento, um círculo alargado de *titulares do direito* de participação e um conjunto de *mecanismos de garantia* da sua eficácia.¹²²”

6) princípios da justa ponderação e da superação de conflitos de interesses envolvidos nos planos : houve constitucionalização da exigência de elaboração de planos urbanísticos. Trata-se de instrumento pelo qual se busca a participação e colaboração dos vários sujeitos de direito público, assim como

¹²⁰ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 121.

¹²¹ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 127.

¹²² CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 127.

de particulares, “para que o plano realize uma *justa ponderação (gerechte Abwägung)* dos diferentes interesses nele envolvidos.¹²³”

7) princípio da publicidade dos planos : deve o plano ser objeto de publicação, sob pena de ineficácia;

8) princípios da legalidade e da proporcionalidade dos planos : em que pese haver ampla margem de discricionariedade ao Administrador quando da planificação territorial, referida discricionariedade se encontra limitada pela legalidade e pela proporcionalidade. Proporcionalidade que, aqui, se desdobra em três sub-princípios, quais sejam, da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. As “medidas do plano que estabelecem *restrições* ou que *proíbem* a realização de transformações urbanísticas nos imóveis particulares devem ser *adequadas, necessárias e proporcionais* ao fim público de ordenamento urbanístico do plano.¹²⁴”

9) os planos e o princípio da igualdade;

10) princípio da conjugação ou da harmonização entre as normas dos vários tipos de planos;

11) a garantia constitucional do direito de propriedade privada dos solos e o princípio da intervenção da Administração Pública nos solos : temos aqui, de fato, dois princípios constitucionais e que “constituem o eixo sobre o qual giram o *direito e política de solos* – os quais são considerados como um importante sector ou capítulo do direito do urbanismo¹²⁵”. São dois princípios em constante

¹²³ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 128.

¹²⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 131.

¹²⁵ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 135.

tensão, sendo justificada a intervenção na propriedade apenas para realizar-se um interesse público.

12) o direito do urbanismo e o princípio constitucional da indenização : com aplicabilidade, em especial, no que toca às expropriações urbanísticas, servidões e responsabilidade extracontratual do Estado;

13) direitos e garantias dos particulares perante a atividade urbanística da Administração Pública. Sob este tema, o Fernando Alves Correia¹²⁶ trata das garantias, ou princípios, seguintes :

13.1) garantia da existência ou da manutenção : as normas sobre “ocupação, uso e transformação do solo, em particular as normas dos planos urbanísticos produzem efeitos apenas para o futuro, pelo que devem respeitar as edificações existentes à data da sua entrada em vigor, desde que elas tenham sido realizadas legalmente.” Tem como fundamento a garantia da propriedade privada.

13.2) direito à informação;

13.3) “*direito à notificação* dos actos administrativos de gestão urbanística susceptíveis de afectar a sua esfera jurídica e o *direito à fundamentação expressa e acessível* dos mesmos actos, quando afectem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos”;

13.4) garantias relativas ao “contencioso do urbanismo”. Ou seja, garantias afetas ao devido processo;

¹²⁶ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p. 141, e seguintes.

Pedimos licença para passar adiante em nossa explanação, sem nos aprofundarmos em cada um dos conceitos e considerações acima lançados.

Explicitado, ademais, as variadas posições existentes entre os autores acerca dos princípios apontados como formadores do direito urbanístico. E nem poderia deixar de ser diferente. Valem, todavia, as considerações acima para fins de reflexão acerca do direito urbanístico, e de seus princípios regedores.

Inegável, conforme já apontado anteriormente, e à luz dos ensinamentos de Canaris, que referidos princípios são de fundamental importância à construção de um subsistema de normas. No caso, aqui, um subsistema de normas de direito urbanístico.

Mas até aqui ainda estamos a dever ao leitor uma definição, consoante nosso entendimento, dos princípios regedores do direito urbanístico e dos valores que lhe são afetos. Princípios esses que conferem autonomia a este ramo do direito. E que também impregnarão a atividade sancionadora na esfera do direito urbanístico. As sanções, segundo será tratado no presente, são um dentre diversos instrumentos jurídicos, aptos a garantir a proteção de bens afetos ao direito urbanístico. E em se tratando de instrumento jurídico de natureza urbanística, submeter-se-á ao regime jurídico de direito urbanístico.

Passemos, assim, à análise dos princípios tidos como essenciais, e, conseqüentemente, formadores do direito urbanístico. E, ainda, dos valores que lhe são afetos. Para então tratar das sanções e de seu papel na preservação de tais valores urbanísticos, extraindo-se os princípios formadores de seu regime jurídico : o regime jurídico das sanções administrativas urbanísticas.

Mais uma vez ressaltamos. O presente trabalho buscará os princípios e valores traçados pelo nosso ordenamento como pertencentes, a nosso ver, ao direito urbanístico. Tomando-se, como ponto de partida, a Constituição Federal e a Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Com fulcro no quanto já tratado, inegável que o direito urbanístico surgiu para conter, corrigir e disciplinar o crescimento irregular das cidades, que tantos transtornos trouxe à população não apenas das zonas urbanas, mas também rurais. A finalidade do direito, e não apenas no direito urbanístico, é a convivência pacífica, livre e socialmente segura das pessoas. E do direito urbanístico, a seu turno, é organizar os espaços habitáveis, com o fito de providenciar melhor qualidade de vida, objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar aos seus habitantes. Propomos, assim, como conceito de direito urbanístico o conjunto de regras que buscam organizar os espaços habitáveis, com o fito de providenciar melhor qualidade de vida, objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar aos seus habitantes.

Inúmeros conteúdos podem ser encaixados sob a atividade de organizar os espaços habitáveis. A título de exemplo podemos fazer menção à legislação federal de parcelamento do solo, consubstanciada na Lei Federal 6766/79, posteriormente alterada pela Lei Federal 9.785/1999. Tutela-se, aqui, o parcelamento e desmembramento do solo, instituindo-se exigências de infra-estrutura básica (artigo 2º, parágrafo 5º, da Lei 6766/79), dentre outras. Ou, ainda, os instrumentos da política urbana trazidos pela Lei 10.257/2001, em seu artigo 4º.

São conteúdos que veiculam medidas as quais buscam racionalizar o adensamento nas cidades, para que o mesmo se dê de forma adequada, com infra-estrutura e equipamentos condizentes. São instrumentos que vão muito além de meras medidas impositivas de obrigações de não fazer, características da atividade administrativa policial. Impõem-se, muitas vezes, obrigações de fazer, tal qual ocorre com o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, previstos nos incisos I, II e III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

Referidos conteúdos, nada obstante, aglutinam-se, de forma peculiar, sob o pálio de princípios próprios do direito urbanístico, fornecidos primacialmente pelo texto constitucional. Princípios esses que veiculam os valores essenciais do direito urbanístico. E “cimentam” não apenas as normas com conteúdo afeto ao direito urbanístico, mas toda a atividade estatal de interesse ao direito urbanístico. O administrador, o

legislador, ou mesmo o julgador encontram-se jungidos a tais princípios, que deverão ser levados em consideração no exercício de suas funções.

Nesse contexto, inserem-se as sanções quando dirigidas à organização dos espaços habitáveis e ao ordenar do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Colhemos os princípios de direito urbanístico acima mencionados do próprio texto constitucional.

Iniciemos pelo artigo 182, *caput*, da Constituição Federal, que concerne à política urbana e dispõe :

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

O artigo acima traça, a nosso ver, os alicerces do direito urbanístico em nosso ordenamento.

Do referido artigo é possível, extrair, em primeiro lugar, que a política do desenvolvimento urbano terá por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Não só isso. Deverá, ainda, garantir o bem-estar dos habitantes da cidade.

Possível colhermos, desde logo, dois fins que devem ser sempre buscados pelo direito urbanístico : o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar dos cidadãos. Colocando-se, assim, o homem ao centro das ações. Ações essas que não mais se restringem a meras atividades de embelezamento ou intervenção administrativa na propriedade. Ações que vão trazer nova moldura na qual se inserirá o direito de propriedade de imóveis urbanos, enquanto inseridos num contexto coletivo, ou seja, no agrupamento urbano.

Bem-estar acaba por se traduzir em um fim comum a diversos ramos do direito. Mesmo assim é um alicerce, uma diretriz, um valor que deve ser observado pelos diversos destinatários da norma constitucional : o administrador público, quando da execução da política de desenvolvimento urbano, o legislador ao elaborar leis, o magistrado, ao dirimir controvérsias, concretizando o referido valor diante de uma determinada controvérsia que lhe é apresentada.

A seu turno, o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade representa, efetivamente, um princípio essencial e peculiar do direito urbanístico. Trata-se de verdadeiro vetor axiológico a nortear, insisto, legislador, administrador e julgador.

As formas pelas quais se cumpre a função social da propriedade urbana serão fornecidas pelo plano diretor. Assim dispõe o artigo 182, parágrafo 2º, da Constituição Federal :

“A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Cumpra, também, a função social da propriedade urbana aquele que promove o adequado aproveitamento do solo urbano. Trata-se de exigência do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal :

Mais uma vez reforçada a função social da propriedade urbana como princípio do direito urbanístico. Princípio que ganha concreção por intermédio do plano diretor, bem como por meio do adequado aproveitamento do solo urbano. Aproveitamento esse que, caso descumprido, pode ensejar a aplicação de sanções descritas nos incisos I, II e III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal. Retornaremos ao assunto dessas sanções mais adiante.

De qualquer forma, a exigência de edição de plano diretor, bem como a imposição do adequado aproveitamento do solo urbano traz à baila dois outros princípios que podem ser considerados como inerentes ao direito urbanístico.

Em primeiro lugar, a exigência constitucional de edição de plano diretor remete-nos ao princípio do planejamento. É da natureza do plano diretor sua realização mediante planejamento, com regras para sua elaboração e revisão. A elaboração de plano envolve levantamento das circunstâncias de fato, e elaboração de ações subseqüentes, destinadas a um determinado fim. Plano que é realizado mediante necessária participação popular (traz a Lei 10.257/2001, dentre suas diretrizes, a gestão democrática da cidade. Nesse sentido, o inciso I, do artigo 2º, assim como os artigos 43 e 44, do mencionado diploma legal. Explícita, ainda, a necessidade de audiências públicas à edição de plano diretor, nos termos do inciso I, do parágrafo 4º, do artigo 40, da Lei 10.257/2001). Não bastam mais intervenções pontuais. O direito urbanístico clama por intervenções planejadas, com a necessária participação da população.

Consideramos, assim, o planejamento e a participação popular com um segundo princípio inerente ao direito urbanístico. Mesmo para cidades que sequer são obrigadas a editar plano diretor. É da essência do Estado Democrático de Direito a participação popular. Não é diferente no que concerne à esfera do desenvolvimento urbano.

Mas há, ainda, outros princípios que, em conjunto com os princípios até aqui tratados, conferem roupagem única ao direito urbanístico.

Consoante já afirmado acima, o cumprimento da função social da propriedade urbana se concretiza, também, em razão do adequado aproveitamento do solo urbano. Assim dispõe o artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Inclusive com previsão de aplicação de sanções ao proprietário que não edifica, não utiliza ou subutiliza solo urbano.

Proprietários de solo urbano em áreas bem servidas por equipamentos públicos não podem subutilizar seus terrenos. Referidas áreas receberam investimentos públicos. A fruição de tais gastos não pode se dar apenas no interesse exclusivo e, muitas vezes, especulativo, do proprietário. Os benefícios de tais investimentos devem ser experimentados por toda a coletividade. Cabível, inclusive, impor obrigação de fazer ao proprietário que não promove o adequado aproveitamento do solo urbano.

Temos, aqui, um terceiro princípio essencial ao direito urbanístico, consistente na justa distribuição de ônus e benefícios, que se manifesta, também, conforme já apontado acima, pela contribuição de melhoria e desapropriação por zona.

Não há, ao se afirmar pela existência de princípios de direito urbanístico, como se olvidar tampouco a garantia à moradia. Direito social constitucional, veiculado pelo artigo 6º, da Constituição Federal¹²⁷.

A valorização da moradia também vem demonstrada no artigo 183, da Constituição Federal, assim como no parágrafo único, do artigo 1238, do Código Civil. A posse, qualificada pela moradia, reduz os prazos de aquisição da propriedade pela usucapião. Posse que demonstra ser com ânimo definitivo, e para fim valorizado pelo ordenamento, qual seja, de moradia.

Mas não basta ter moradia, sem ter acesso à terra. Este é corolário lógico, em princípio, à concretização do direito de moradia. Trata-se do acesso à terra, também veiculado no inciso I, do artigo 2º, da Lei 10.257/2001.

Extraímos, dessas considerações, mais um princípio peculiar do direito urbanístico, consistente no acesso à terra e garantia do direito à moradia. Sem querer ingressar no mérito de determinadas ações deste ou daquele grupo político, mas se encontram em harmonia com o referido princípio programas de regularização de áreas ocupadas ao alvedrio da lei, conferindo-se segurança à posse, fixando-se os habitantes em espaços legais, retirando parcelas da população da clandestinidade, circunstância que fere a dignidade e favorece a criminalidade.

Portanto, valorizado pelo ordenamento o acesso à terra, assim como garantido o direito à moradia. Extraíndo-se, como corolários destes, a regularização fundiária e a proteção à posse. Referidos

¹²⁷ Quanto à eficácia dos direitos sociais, dentre os quais o direito à moradia, reportamo-nos a : SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Oitava edição, revista e atualizada. Porto Alegre,

valores compõem princípio peculiar ao direito urbanístico que podemos denominar de princípio do acesso à terra e da garantia do direito à moradia.

Finalmente, como derradeiro princípio a ser por nós exposto, apontamos o do direito urbanístico enquanto função pública, a veicular normas de interesse social.

É objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades. Nesse sentido, o artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal.

Referido objetivo, como não poderia deixar de ser, manifesta-se no direito urbanístico, o qual é composto por regras de ordem pública e interesse social (artigo 1º, parágrafo único, da Lei 10.257/2001).

O interesse público sobrepuja o particular. Consoante já tratado acima, apesar de garantido o direito de propriedade, este deve cumprir com sua função social. Mais uma vez, ressaltado o interesse social das normas de direito urbanístico. Aqui traduzido na correção das distorções do crescimento e no uso de instrumentos para buscar a fruição dos bens pelos mais diversos segmentos sociais (artigo 2º, incisos I, IV e VI, da Lei 10.257/2001). Políticas de intervenção urbana que buscam apenas deslocar populações mais pobres, residentes em áreas nobres, à periferia de nossas

idades, longe dos olhos de determinada parcela de eleitores certamente desatende a este princípio.

Nesse contexto, não basta apenas a regularização fundiária, devendo esta atingir, em especial, áreas ocupadas pela população de baixa renda (inciso XIV, do artigo 2º, da Lei 10.257/2001).

Portanto, arrematando o quanto exposto até aqui, podemos conceituar o direito urbanístico como o conjunto de regras que busca organizar os espaços habitáveis, com o fito de providenciar melhor qualidade de vida, objetivando o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar aos seus habitantes.

O bem-estar do homem colocado ao centro das preocupações deste ramo, com o homem como centro, como sujeito e não como mero objeto. Seu bem-estar subsistindo apenas enquanto valorizadas e respeitadas as funções básicas da cidade, quais sejam, morar, circular, trabalhar, e divertir-se.

Dentro deste contexto integram, em apertada síntese, os valores essenciais do direito urbanístico : a moradia, o lazer, a circulação e o trabalho, as quatro funções básicas dos agrupamentos humanos. Sendo certo que morar não abarca apenas um chão e um teto, mas engloba infra-estrutura, serviços essenciais, áreas verdes. Trata-se de vetor axiológico que deve orientar as ações estatais, em especial do administrador,

no campo do direito urbanístico. São valores veiculados por normas diversas e que também tornam especial o direito urbanístico.

Finalmente, como princípios afetos ao direito urbanístico, veiculando valores peculiares a esse ramo do direito, à luz do quanto exposto acima, e com respaldo da doutrina, podemos apontar os seguintes : a) da função social; b) do planejamento e da participação popular; c) justa distribuição de benefícios e ônus – corolário do princípio da igualdade; d) do acesso à terra – proteção da posse – regularização fundiária – direito à moradia e) ordem pública e interesse social : fruição de todos e correção de distorções.

Por óbvio que outros princípios constitucionais incidem na atuação urbanística, a qual, por natureza, é multidisciplinar. Colhidos, ainda, por doutrinadores de peso, princípios outros, que também seriam peculiares ao direito urbanístico, consoante já abordado anteriormente. Nada obstante, fazemos opção pelos princípios acima tratados, os quais consideramos como o cerne deste ramo do direito.

Cabe aqui uma ulterior consideração. É característico dos princípios, dado seu elevado grau de abstração, entrar em conflito um com o outro. Referida tensão é natural e saudável, e permite ao sistema, conforme já apontado, respirar, evoluir. Não se trata de um princípio excluir o outro. Pelo contrário. Sobrevivem todos os princípios que são, à luz do caso concreto, ponderados.

Sem adentrarmos com profundidade na análise de cada um dos apontados princípios, digno de nota que intervenções no espaço urbano não poderão desconsiderar, diante do quanto disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal, o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Da mesma forma intervenções realizadas pelo direito urbanístico não podem descuidar da proteção ao patrimônio cultural brasileiro, o qual deve ser protegido não só pelo Poder Público, mas também pela comunidade, nos termos do artigo 216, *caput*, e, ainda, em seu parágrafo 1º, da Constituição Federal.

Assegurados, ademais, o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal) e à livre iniciativa, na qual se funda a ordem econômica (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal). Não nos olvidando, todavia, que a propriedade deve atender à sua função social (artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal). Da mesma forma, é princípio da ordem econômica a função social da propriedade (inciso III, do artigo 170, da Constituição Federal).

Os preceitos constitucionais acima referidos, todavia, não integram, a nosso ver, o cerne do direito urbanístico (ressalvada a

exigência de cumprimento da função social da propriedade urbana, que, nada obstante, ganha contornos próprios na esfera urbanística, mediante concretização por intermédio da edição de plano diretor, bem como mediante adequado aproveitamento do solo urbano), ainda que tenham impacto em ações no meio urbano. Insistimos : a atuação urbanística é palco para a conjugação de interesses dos mais diversos, e, inclusive, atuação estatal exercida por diferentes entes a exigir, conforme bem apontado por Fernando Alves Correia, “*harmonização* ou *compatibilização* entre os diferentes interesses implicados no uso e transformação desse bem essencial – por natureza escasso e irreproduzível – que é o solo¹²⁸”.

De qualquer forma, conforme já abordado, possível extrair do ordenamento princípios e valores que conferem roupagem peculiar ao direito urbanístico, e que o apartam, e até mesmo o colocam em tensão com outros ramos de direito.

Mas será que estes valores e princípios têm alguma influência em sanções aplicadas com o fito de organizar os espaços habitáveis ? Seria possível efetivamente falarmos em sanções de natureza urbanística ? Prosseguiremos nossa explanação tratando da atividade sancionadora estatal, trazendo, em seguida, análise de algumas sanções que, para nós, têm, sim, natureza urbanística, e que sofrem efetivo impacto dos princípios de direito urbanístico.

¹²⁸ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004, p.55.

4. Das sanções

4.1 Notas introdutórias

Os agrupamentos humanos põem em conflito interesses dos mais diversos. O conflito é, pois, elemento que necessariamente integra referidos agrupamentos humanos.

Convenientes, assim, regras para a harmônica convivência das pessoas. Mencionadas regras podem ser das mais variadas ordens, tais como regras morais, que operam apenas internamente. Ou, ainda, regras sociais, impostas pelo grupo social, mas de forma não institucionalizada. E, também, regras jurídicas. Estas últimas são as que nos interessam no presente trabalho.

Entra em cena, assim, o direito, que surge como um “conjunto de normas que regulam condutas, com o objetivo de conformá-las a valores tidos como relevantes pelo grupo social.¹²⁹”

As normas, uma vez inseridas num determinado ordenamento jurídico, ganham juridicidade, tornam-se jurídicas. Alicerçam-se, assim, em regime diverso das normas morais ou mesmo sociais.

Entendemos pertinente, neste ponto, fazer algumas considerações sobre o Estado de Direito. Não apenas Estado de Direito, mas, consoante está estruturado em nosso ordenamento, Estado Democrático de Direito, conforme preconiza o artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal.

Sob o regime monárquico absolutista a pessoa do povo consistia em mero súdito. É simples objeto do poder estatal e não sujeito de direitos. O poder do soberano, praticamente ilimitado, recebe suposta legitimação divina, ou, ainda, hereditária.

Da mesma forma, sob o denominado Estado de polícia, fica a descoberto o administrado. As regras às quais o poder público obedece são meramente internas. A administração se sujeita, decerto, a uma regulamentação, mas despida de valor jurídico.

A atuação do governante, seja no Estado policial, seja na monarquia absolutista, não encontrava limites formais ou jurídicos.

O quadro acima veio sofrer uma mudança acentuada com as revoluções burguesas do Século XVIII, em especial na

¹²⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 21.

França e nos Estados Unidos. Os erros e abusos do passado¹³⁰ clamavam pelo surgimento de um novo e legítimo poder. Nesse contexto, se insere o Estado de Direito. Substituíam-se a vontade do soberano pela vontade da lei, a qual traçava limites jurídicos à atuação do Estado. O Estado, agora, encontra-se enclausurado pela ordem jurídica. E esta, por sua vez, emana do povo, por meio de seus representantes.

O poder, agora, legitima-se no consentimento social, um “poder en virtud de mandato, llamado a situarse en el lugar del poder de derecho originario o divino¹³¹”.

Esta nova configuração do poder exige um ato que o constitua. A Constituição assume, dentro dessas circunstâncias, papel de extrema relevância. Mais uma vez estribados nos ensinamentos de Dieter Grimm, reunem-se na Constituição “en una unidad inseparable, la forma documental y normativa, la función fundadora y limitadora del poder y el contenido relativo a derechos fundamentales, así como la división de poderes.¹³²”

No Brasil, logo no artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal resta estabelecido que : “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel de Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos”. Portanto, expresso

¹³⁰ A evolução do direito seria fruto de reações a situações de crise. Nesse sentido : DERSHOWITZ, Alan. *Rights from wrongs. A secular Theory of the Origins of Rights*. New York, Basic Books, 2005.

¹³¹ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid : Trotta, 2006, p.28.

que não somente estamos, no Brasil, diante de um Estado de Direito, mas de um Estado Democrático de Direito.

Sem ingressarmos, neste ponto, na análise dos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, cabe ressaltar que o acréscimo do adjetivo “Democrático” à locução “Estado de Direito”, na Constituição Federal de 1988, indica que o Estado de Direito não é apenas o formal, mas o material¹³³.

Em seu aspecto formal, o Estado Democrático de Direito implica na subordinação à lei e na submissão à jurisdição. E em seu aspecto material, ou substancial, temos garantidos os direitos fundamentais. Não apenas há subordinação ao direito, mas esse direito deve ter determinados conteúdos¹³⁴. O Estado de Direito material “serve à realização da justiça e da liberdade.¹³⁵”

Portanto, é através da ordem jurídica, do direito, que se impõem limites ao poder do Estado. E, também, o instrumento através do qual pode o Estado buscar a proteção não só aos direitos fundamentais, mas ao próprio funcionamento do Estado Democrático de

¹³² GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid : Trotta, 2006, p.29.

¹³³ YAMASHITA, Douglas. Estado democrático de direito no sistema constitucional. In : VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coordenadores). *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo : Lex, 2005, p. 346.

¹³⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 84.

¹³⁵ YAMASHITA, Douglas. Estado democrático de direito no sistema constitucional. In : VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coordenadores). *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo : Lex, 2005, p. 346.

Direito. O poder agora não mais tem fundamento divino, mas decorre, sim, de mandato, do consentimento dos administrados. O poder tem, destarte, legitimação jurídico-positiva.¹³⁶ O poder decorre do povo o qual, por meio de seus representantes, edita as leis. A atividade estatal, quando da criação de situações passivas ao administrado, estará limitada pela lei ou, melhor ainda, pelo Direito¹³⁷.

O Poder, ademais, se presta a um fim específico, qual seja, resumidamente, à defesa dos direitos fundamentais e do funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. É ele instrumental, buscando fins e valores determinados. Não encerra, assim, o poder um fim em si mesmo.

Para proteger as liberdades e os direitos fundamentais, para promover determinadas condutas e coibir outras, o Estado Democrático de Direito pode criar situações passivas ao administrado, limitativas de direitos, controlando a atuação deste, seja preventivamente, seja concomitantemente e, por fim, *a posteriori*. Dentre os meios de que dispõe a

¹³⁶ GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid : Trotta, 2006, p.28.

¹³⁷ O que não implica em se admitir liberdade, sem limites, ao legislador. Consoante leciona Diogo de Figueiredo, no mundo pós-positivista os “legisladores não mais são ditadores absolutos da reta conduta das pessoas, porque as opções por valores metajurídicos já não mais se constituem em monopólio dos que fazem as leis, mas são compartilhadas com as que as aplicam, e, ainda, em que se pluralizam e se desestatizam as próprias fontes normativas que regem as sociedades humanas” – referencial não mais é a lei, mas sim o Direito. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Princípios Constitucionais Fundamentais – Uma digressão prospectiva*. In : VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coordenadores). *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo : Lex, 2005, p. 329.

administração para a busca do bem comum, insere-se o poder de punir, o poder de aplicar sanções¹³⁸.

Temos, assim, abraçando os ensinamentos de Alejandro Nieto, um poder estatal uno, destinado à sua própria organização, alicerçado no Direito e no consenso, e à proteção de direitos fundamentais. Único, também, o poder de punir do Estado, em que pese manifestar-se em maneiras distintas, em especial nas esferas administrativas e penais. Conforme bem aponta o Ilustre Jurista Espanhol :

“Si el régimen sancionador es una mera e inevitable consecuencia del régimen de intervención, habrá que empezar por preguntarse primero hasta dónde debe llegar esta, puesto que a menos intervenciones, menos sanciones. Los niveles de intervención son, a su vez, consecuencia de una política económica y social previa.”¹³⁹

Prossegue Alejandro Nieto asseverando que *“la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión.”¹⁴⁰*

No mesmo sentido, as lições de Enterría ao tratar das sanções disciplinares. A Administração, para manter a disciplina

¹³⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena edición, Madrid : Civitas, 2004, p. 106.

¹³⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente reformada. Madrid : Tecnos, 2006, p. 35.

interna de sua organização deve dispor de um “poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes¹⁴¹”.

As sanções são, assim, decorrência do desejado nível de intervenção pelo Estado Democrático de Direito na esfera das liberdades. Nível de intervenção esse determinado por fatores sociais e econômicos. Intervenção que se direciona à consecução dos fins do Estado Democrático de Direito. Em suma, tem o Estado Democrático de Direitos deveres para com a busca do bem comum. E correlato poder para cumprir com referidos deveres. É corolário do referido poder a possibilidade de aplicar sanções. Nesse sentido, mais uma vez pedimos vênias para transcrever os ensinamentos de Alejandro Nieto, que discorre nos termos seguintes :

“las leyes sancionadoras (como las medidas intervencionistas previas) deben tener por objetivo la reducción de los riesgos, y por supuesto de los daños, y no el proporcionar una cobertura a la irresponsabilidad del Estado garante (...) Cuando una discoteca se incendia, un autocar vuelca o se produce un envenenamiento masivo de consumidores, el Estado (en sentido amplio) se autodeclara irresponsable por la circunstancia de haber ordenado o prohibido ciertas medidas que, de haberse cumplido, hubieron evitado el accidente. Lo que implica que la responsabilidad se desplaza íntegramente sobre el infractor.¹⁴²”

¹⁴⁰ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente reformada. Madrid : Tecnos, 2006, p. 96.

¹⁴¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena edición, Madrid : Civitas, 2004, p. 169.

¹⁴² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente reformada. Madrid : Tecnos, 2006, p. 34.

Mais uma vez explicitada a natureza instrumental das sanções, destinadas à redução de riscos e de danos. Em prol não para acobertar o mau funcionamento do Estado, mas sim em favor do bem comum. Cumpre esclarecer que a criação de figuras sancionadoras se faz não com o fim de efetivamente punir o administrado. Pelo contrário. Conforme bem aponta Alejandro Nieto :

“el objetivo de una buena política represiva no es sancionar sino cabalmente lo contrario, no sancionar, porque con la simple amenaza se logra el cumplimiento efectivo de las órdenes y prohibiciones cuando el aparato represivo oficial es activo y honesto¹⁴³.”

Portanto, como instrumento para permitir a adequada consecução dos fins do Estado Democrático de Direito temos as sanções, corolário das competências estatais, derivadas de um poder uno do Estado Democrático de Direito, fundado no consenso¹⁴⁴ e no direito. Sanções que não representam um fim em si mesmas, mas têm natureza instrumental. Buscam, justamente, o cumprimento de ordens e proibições. E, assim, cooperam na consecução dos fins do Estado Democrático de Direito.

O poder de aplicar sanções, nesse contexto, não é ilimitado. Encontra seus limites no Direito e nos fins a que busca o

¹⁴³ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente reformada. Madrid : Tecnos, 2006, p. 34.

Estado Democrático de Direito, os quais lhe fornecem a gênese, os fundamentos, os fins.

Cabe aqui, todavia, uma crítica.

A mera existência documental de uma Constituição, ainda que consistindo num marco à gênese do Estado Democrático de Direito, não representa garantia contra abusos, e, ainda, garantia do efetivo respeito aos direitos fundamentais. Ausente o compromisso social que deve se encontrar subjacente a toda e qualquer Constituição, será necessário, cada vez mais, lançar-se mão a graus mais elevados de coação. Pode-se levar a coação até um certo limite, quando então certamente se vislumbrará uma ruptura ou cisão da suposta ordem formal. Não mais será subjacente a esta ordem formal o necessário consenso a conferir legitimidade à ordem jurídica e política.

Prossigamos, nada obstante, com nossa explanação.

O fato de consistir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, nos termos artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal é circunstância que traz à baila uma série de conseqüências jurídicas. Decorrem do Estado Democrático de Direito, tanto em seu aspecto formal, como também material ou substancial, sub-princípios, integrantes do direito pátrio, e de

¹⁴⁴ O que não significa admitir-se ser o objetivo comum uma justificativa suficiente para negarem-se direitos individuais. Nesse sentido : DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo :

interesse à atividade sancionadora. São eles, em apertada síntese, nos termos de sistematização fornecida por Rafael Munhoz de Mello¹⁴⁵ :

a) da legalidade da Administração : veiculado expressamente pelo artigo 37, caput, da Constituição Federal. Os atos do poder público devem ser expressamente autorizados por lei formal;

b) da segurança jurídica : não é expresso; a atuação estatal deve ser marcada pela previsibilidade da atuação estatal. “O Estado não pode surpreender o particular, impondo-lhe comportamentos não previstos em lei prévia ou alterando situações jurídicas já há muito cristalizadas.¹⁴⁶”. As regras, portanto, devem ser claras e precisas, permitindo-se aos particulares que saibam como se portar.

c) da proibição do excesso : a exigir moderação no agir, bem como proporcionalidade entre ato e finalidade; decorrem deste os seguintes sub-princípios :

c.1) adequação : que medida estatal seja adequada à finalidade

c.2) necessidade : de adotar medida menos gravosa

c.3) proporção entre meios utilizados e fins almejados

d) da proteção jurídica e das garantias processuais : deve-se dispor de meios ao controle de legalidade dos atos; com submissão do Estado à jurisdição, respeitadas as garantias do devido processo. Seja judicial ou administrativo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Martins Fontes, 2002.

¹⁴⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 85 e seguintes.

Os referidos princípios, decorrentes do Estado Democrático de Direito, impregnarão, como não poderia deixar de ser, a atividade estatal no campo das sanções, sejam administrativas, sejam urbanísticas. Consistem em verdadeiro alicerce normativo para a correta aplicação das sanções. Mais uma vez devemos ressaltar : é no direito que residem os limites e as possibilidades da atuação estatal. Retornaremos, nada obstante, aos princípios aqui tratados mais adiante.

Pois bem, o direito, conforme já explicitado anteriormente, é também um instrumento para conformar comportamentos. Buscando, assim, sejam adotadas condutas socialmente úteis. E evitadas aquelas socialmente prejudiciais. Pretender, todavia, não significa necessariamente conformar os ditos comportamentos.

As normas jurídicas podem, sim ser violadas, haja vista que não veiculam fatos, ou seja, não dispõem sobre aquilo que “é”, tal qual ocorre, por exemplo, com disciplinas que integram as ciências naturais. Traz a norma, dentre outras prescrições, condutas que devem ser adotadas, ou seja, aquilo que “deve ser”.

Referida possibilidade de descumprimento da norma jurídica não lhe retira, todavia, a validade.

¹⁴⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 87.

Cabem aqui breves considerações sobre validade e eficácia das normas jurídicas.

A norma jurídica só é válida quando pertence a determinado ordenamento jurídico. A primeira condição para que seja válida é que tenha emanado de autoridade com poder legítimo. Subindo de grau em grau chegamos ao poder supremo, ou seja, à norma fundamental – esta assume, assim, fundamento de validade de todas as normas do sistema¹⁴⁷.

Não se confunde a validade com a eficácia.

Conforme bem aponta Bobbio :

“O problema da *eficácia* de uma norma é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através dos meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica também que seja constantemente seguida.¹⁴⁸”

Mas então, como garantir o cumprimento da norma ? Ou, ao menos, dotar a norma de maior eficácia, haja vista que a garantia de cumprimento por todos, a todo o tempo, é algo inatingível ? Conforme já explicitado, estatui o Direito aquilo que “deve ser” e não aquilo que efetivamente “é”.

¹⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Brasília : Universidade de Brasília, 1999, p. 60.

É nesse contexto que se insere a sanção. Não como um instrumento a conferir validade ou existência à norma jurídica. Mas sim como um instrumento para buscar maior eficácia à dita norma jurídica. Para compelir não apenas o infrator, mas todos os integrantes da sociedade à observância dos comandos veiculados através das normas. Normas essas que tampouco representam um fim em si mesmas, mas se prestam a proteger e preservar valores sociais necessários e úteis. Ou mesmo à consecução de objetivos eleitos como importantes pelo legislador, e que devem ser perseguidos pelo Estado. Vejamos.

No campo do direito urbanístico busca-se o respeito àquilo que podemos chamar de ordem urbanística, em especial, à função social da propriedade urbana, ao bem estar dos seus habitantes, aos princípios e valores que estes veiculam, afetos ao direito urbanístico.

Pois bem. Uma vez violada a norma jurídica, pode o ordenamento estatuir como consequência a sanção, medida aflitiva que busca compelir o infrator a cumprir o quanto determinado na norma. Conferindo, assim, eficácia ao comando veiculado através da norma jurídica.

A sanção, nada obstante, é apenas um dos instrumentos colocados à disposição pelo ordenamento para conferir eficácia à norma jurídica.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª edição revista. São Paulo : Edipro, 2005, p. 47.

Especificamente no campo do direito urbanístico, a transgressão de normas integrantes da ordem urbanística pode conduzir, conforme os ensinamentos de Garcia de Enterría e Parejo Alfonso, a um triplo efeito :

- “a) La reintegración del orden conculcado por la vía de la autotutela declarativa (anulación o revocación de los actos ilegales) y ejecutiva (restitución de las cosas a su estado anterior a la transgresión).
- b) La retribución abstracta de la conducta ilícita (...) mediante la aplicación de la potestad sancionatoria que está atribuida a la Administracion.
- c) El resarcimiento o indemnización de los daños y perjuicios derivados de la transgresión, em virtud del régimen común sobre responsabilidad extracontratual (...) y, en su caso, de lo dispuesto especificamente al respecto em el ordenamiento sectorial de aplicación”¹⁴⁹.

Ou seja. Ante o descumprimento da norma, podem ser deflagrados instrumentos dos mais diversos, quais sejam, dentre outros : a aplicação de sanções administrativas, a autotutela, inclusive mediante o exercício do poder de polícia, ou, ainda, a utilização de medidas de ressarcimento. São instrumentos que não se excluem mutuamente. E que são disciplinados por regimes jurídicos diversos. São instrumentos que não esgotam a proteção à ordem urbanística. Pode o Estado intervir das maneiras

¹⁴⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e PAREJO ALFONSO, Luciano. *Leciones de derecho urbanístico*. 2ª ed., 1981, Ed. Civitas, Madrid, p. 791-792.

mais diversas, como por exemplo através do direito penal, do planejamento, do licenciamento, do zoneamento, da desapropriação.

Interessa-nos, à presente exposição, a atividade estatal sancionadora, utilizada para a restauração da legalidade urbanística.

Traçaremos, nada obstante, breves linhas sobre o poder de polícia e acerca das medidas de ressarcimento, com o fito de explicitar seus regimes jurídicos e contrapô-los ao regime jurídico das sanções. Esperamos, assim, facilitar o entendimento de nossa exposição relativa ao regime jurídico peculiar das sanções administrativas urbanísticas.

4.2 - Do Poder de polícia

Tal qual o poder de aplicar sanções, temos, como decorrência dos deveres do Estado, o poder de polícia.

Trata-se, segundo definição de Celso Antonio Bandeira de Mello de atividade estatal que “resulta de sua qualidade de executora das leis administrativas. É a contraface de seu *dever* de dar execução a estas leis administrativas.¹⁵⁰”

¹⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 719.

Como não poderia deixar de ser, à luz dos princípios do Estado Democrático de Direito, trata-se de atividade subordinada à lei, tal qual ocorre, também, com as sanções. Não se trata o poder de polícia, de fato, de um poder, autônomo, separado do poder do Estado, a permitir atuação ao alvedrio da lei. Não se presta a justificar, em hipótese alguma, conforme bem apontado por Gordillo, a intervenção na esfera de liberdades individuais sem qualquer respaldo legal ou constitucional. Pelo contrário. Rege-se o poder de polícia pela lei, sob um único poder Estatal¹⁵¹.

Outro ponto de convergência com as sanções reside no fato do poder de polícia ter como fim, “impedir a ocorrência ou a continuidade de um evento causador de danos de interesse público.”¹⁵²

Nada obstante, estamos a dever uma definição de poder de polícia. Apartando-o, então, do conceito de sanção. Vejamos.

O poder de polícia consiste na “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”¹⁵³. Não há que se confundir, todavia, liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Arremata Celso Antonio Bandeira

¹⁵¹ Agustín Gordillo faz críticas ao poder de polícia, apontando se tratar de expressão da função administrativa, despido de regime jurídico peculiar .. In : GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado*. Quinta edición. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. V-1, e seguintes.

¹⁵² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p.72.

¹⁵³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 718.

de Mello no sentido de que “não há limitações *administrativas* ao *direito* de liberdade e ao *direito* de propriedade (...) uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito.¹⁵⁴”

Celso Antônio Bandeira de Mello define a polícia administrativa como :

“ a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (‘non facere’) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.¹⁵⁵”

Cabem, aqui, alguns esclarecimentos. Celso Antonio Bandeira de Mello traz duas acepções de polícia : uma ampla, e outra restrita.

Em sua acepção ampla, o poder de polícia consistiria no “setor de atividade *estatal*, compreensivo tanto das *leis* que

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 714.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 733.

delineiam o âmbito da liberdade e da propriedade (isto é, que dimensionam tais direitos) quanto dos *atos administrativos* que lhes dão execução¹⁵⁶ .

Em sua acepção restrita, temos a denominada polícia administrativa, consistindo em intervenções gerais e abstratas, assim como concretas, do Executivo.

Prossigamos.

Clóvis Beznos fornece, a seu turno, o seguinte conceito de polícia administrativa :

“é a atividade administrativa exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 717.

¹⁵⁷ BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979, p. 76.

Possível extrairmos, desde logo, alguns elementos comuns das definições acima.

Em primeiro lugar, é característico do poder de polícia de fornecer os contornos dos direitos assegurados em lei. Não há limitação a tais direitos, mas sim o adequado delineamento do referidos direitos, à luz das demais normas do ordenamento e dos interesses da coletividade.

Portanto, através do poder de polícia não apenas se busca o delineamento dos direitos. Mas se tem como fim último a preservação dos interesses da coletividade.

O poder de polícia, ademais, não é unicamente repressivo. Pode ser, também, preventivo. É o que ocorre, por exemplo, na expedição de licenças para construir, onde há prévia análise de plantas e documentos.

Busca-se, no poder de polícia, via de regra, uma abstenção do particular, ainda que, aparentemente, vislumbre-se obrigação de fazer, tal qual ocorre, a título de exemplo, com a exibição de plantas de imóvel. Nada obstante, consoante leciona Celso Antonio Bandeira de Mello :

“É *mera aparência* de obrigação de fazer. O Poder Público *não quer* estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações *pretendidas pelos particulares* sejam efetuadas de *maneira perigosa ou nociva*, o que ocorreria se realizadas fora destas condições.¹⁵⁸”

O poder de polícia pode, ademais, consistir em manifestação de competência discricionária ou, também, de competência vinculada. Há atuação discricionária quando da expedição, por exemplo, de autorizações e permissões¹⁵⁹. Nessas hipóteses, ainda que dentro de limites estabelecidos pela lei, a Administração pode avaliar conveniência e oportunidade quanto à expedição de referidos atos. A atuação do Estado é vinculada tal qual ocorre com a expedição de licenças de construir : aqui, presentes os requisitos legais, não há margem alguma de liberdade à Administração, não restando outra alternativa a não ser a expedição da licença pretendida.

Mas em que difere o poder de polícia da atividade sancionadora ? Prossigamos.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 728.

¹⁵⁹ Em que pese a equivocidade do uso dos referidos termos, esposamos as definições seguintes. Consiste a autorização, valendo-se dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, no ato administrativo: “pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse” (In : CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12ª ed. rev, Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2005, p. 137.) Trata-se a permissão de ato administrativo precário, discricionário, através do qual a Administração consente ao particular a execução de serviço de utilidade pública, ou, ainda, a utilização privativa de bem público. Em ambas há atividade de fiscalização do poder público no que toca a determinadas atividades, cotejando-as com o interesse público. Diferem uma e outra quanto ao interesse preponderante. Na autorização o uso do bem é no interesse primordial do particular, tal qual ocorre com instalação de bancas de jornal em áreas públicas. Na permissão, a seu turno, prepondera o interesse público. A título de exemplo podemos indicar a instalação de banheiros públicos em áreas públicas de intenso fluxo de pessoas.

Fábio Medina Osório reconhece que a atividade sancionadora e o poder de polícia têm estreita conexão. Nada obstante, a atividade sancionadora administrativa não se confundiria com o poder de polícia.

As sanções carregam a idéia de “privação de direitos preexistentes, ou imposição de obrigações originais aos imputados¹⁶⁰”. Todavia, “quando o Estado veda ao indivíduo o exercício de um direito para o qual não estava habilitado, não há falar-se propriamente em sanção administrativa¹⁶¹”.

Assim sendo, em tese, consoante exemplifica Fábio Medina Osório, fechamento de locais, ou mesmo retirada de mercadorias de circulação não se revestiriam de caráter sancionador, mas medidas para restabelecimento da legalidade.

Portanto, inegável a existência de pontos de contato entre as sanções e o poder de polícia. Há quem afirme, inclusive, que as sanções decorreram do poder de polícia, ganhando posterior autonomia¹⁶².

¹⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 106.

¹⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 107.

¹⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 109.

Tanto as sanções quanto o poder de polícia buscam resguardar a legalidade de determinadas situações. E a possibilidade do uso de meios de coerção.

Vislumbram-se, todavia, características que afastam as sanções do exercício do poder de polícia.

O exercício do poder de polícia ora pode se manifestar através de competência discricionária, ora através de competência vinculada. O que não se verifica nas sanções. Verificado o pressuposto de fato caracterizador da infração, é, em tese, de rigor a aplicação da sanção, salvo existência de circunstância outra, legal, que obste a atividade sancionadora. Sob pena de violação da igualdade.

Ademais, ainda que buscando tanto o poder de polícia quanto a atividade sancionadora o restabelecimento da ordem, o poder de polícia é atividade delineadora, definidora de direitos. As sanções, a seu turno, são medidas aflitivas, que trazem uma diminuição na esfera patrimonial e de direitos do administrado. Não se delineia direito algum nas sanções. Busca-se, sim, a proteção de determinados bens e valores, mediante, em princípio, o temor da punição. Estamos diante de atividades distintas, e regidas por princípios distintos.

Diferem, inclusive, quanto à estrutura. O poder de polícia é exercido, tal qual a atividade sancionadora, sob o pálio da

legalidade. Mas enquanto na atividade policial há a impossibilidade de se definir previamente em tipos “fechados” todas as situações passíveis de intervenção, na atividade sancionadora é de rigor que as infrações estejam previamente previstas em lei, veiculadas através de disposições claras e perfeitamente inteligíveis.

Não só isso. Para a imposição de sanções, a questão afeta à culpabilidade é primordial. O que não ocorre com o poder de polícia. Pouco importa o ânimo dos integrantes de manifestação violenta, devendo a mesma ser debelada no interesse da ordem pública.

Sequer o uso da força é traço que aproxima o poder de polícia e as sanções. Nestas, em havendo cumprimento da sanção de forma voluntária, sequer se torna necessário lançar mão de meios auto-executórios. Muito embora o potencial uso da coerção seja medida essencial às sanções e ao poder de polícia.

Possível, inclusive, que, mediante o poder de polícia, sejam implementadas medida de urgência, de imediato, independentemente de prévio procedimento. É o que ocorre, por exemplo, com a demolição de prédio prestes a desabar. Referidas medidas podem, inclusive, deflagrar medidas sancionadoras. Mas com estas não se confundem.

Aqui também vale ressaltar que, independentemente do nome que se dê a determinado instituto, necessário

analisar seu regime jurídico, e a forma através da qual se implementa o mencionado instrumento.

Assim sendo, ainda que sob uma suposta atuação do poder de polícia, se vá além do mero delineamento de um determinado direito, e imponha-se gravame ao particular, estaremos diante de abuso. Inadmissível a imposição disfarçada de sanções através do exercício do poder de polícia. A imposição de sanções deve respeito, dentre outros, ao devido processo, e à estrita tipicidade para ser validamente imposta¹⁶³.

De qualquer forma, em que pese haver pontos de contato entre sanções e poder de polícia, existem institutos diversos, regidos por regimes jurídicos distintos. Em apertada síntese, o poder de polícia se presta a delinear direitos e se fundamenta no dever geral de agir que impele a administração. Sendo, ademais, impossível prever de forma taxativa todas as situações a exigir a intervenção estatal. Há a necessidade de se impor medidas muitas vezes urgentes, sem qualquer processo prévio. As sanções, por sua vez, exigem prévia e taxativa descrição das infrações, ou seja, dos pressupostos de fato a autorizar a atividade sancionadora. Não se prestam a delinear direitos. E exigem, ademais, análise da culpabilidade do agente para sua válida imposição.

¹⁶³ Acerca de vícios do ato administrativo, e seu possível caráter sancionador, referimo-nos a Fábio Medina Osório, que faz referência a Adolfo Carretero Perez e Adolfo Carretero Sanchez : In OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 107, nota 33..

Inconfundíveis, portanto, os institutos da polícia administrativa e das sanções.

4.3 - Da responsabilidade civil - medidas de reparação de danos

As medidas de reparação de danos também se prestam à restauração da legalidade.

A responsabilidade civil, conforme o magistério de Carlos Roberto Gonçalves, é figura afeta ao direito obrigacional. Consoante assevera o Professor Carlos Roberto, aquele que :

“pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as conseqüências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade.¹⁶⁴”

Ainda se socorrendo dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves¹⁶⁵, podemos apontar, como pressupostos da obrigação de indenizar, em regra, os seguintes :

¹⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003, p. 03

¹⁶⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003, p. 31 e ss.

- a) existência de uma ação ou omissão : podendo a responsabilidade derivar tanto de ato próprio, quanto ato de terceiros; possível, ainda, ao incapaz responder pelos prejuízos que causar, caso seus responsáveis não tenham obrigação de fazê-lo, ou não dispuserem de recursos suficientes, conforme dispõe o artigo 928, do novo Código Civil¹⁶⁶;
- b) ter o agente obrado com culpa ou dolo, conforme preceitua o artigo 186, do Código Civil; referido artigo trata da responsabilidade subjetiva. Nada obstante, possível a responsabilização sem demonstração da culpa. É o que ocorre na responsabilidade objetiva, em suas duas modalidades : responsabilidade objetiva imprópria ou impura, onde a culpa é presumida – presunção essa, todavia, relativa, implicando em inversão do ônus da prova¹⁶⁷; e responsabilidade independentemente de culpa, onde basta a demonstração da nexa de causalidade entre a ação e o dano¹⁶⁸ para que haja a responsabilização.
- c) ocorrência de um dano, ainda que exclusivamente moral : hoje o artigo 186 do novo Código Civil dispõe que há dever de indenizar àquele que “violou direito e causar dano”. Sem dano, não há que se falar em indenização
- d) nexa de causalidade entre o dano e a ação;

¹⁶⁶ Os pais, tutores, curadores respondem ainda que não haja culpa. Não podem, ainda, se exonerar da obrigação provando que não foram negligentes. Resta bem demonstrado o fim da responsabilização civil, qual seja, o de evitar a todo o custo que fique a vítima sem ressarcimento. Não há fim semelhante na atividade sancionadora.

¹⁶⁷ É o que ocorre, valendo-se de exemplo de Carlos Roberto Gonçalves, com a hipótese do artigo 936, do Código Civil : presume-se a culpa do dono de animal que venha a causar dano a outrem. Sendo possível ao dono provar as excludentes trazidas pela lei. Será, todavia, ônus seu demonstrar as excludentes, caso contrário se presumirá sua culpa.

¹⁶⁸ A título de exemplo, conforme tratado por Carlos Roberto Gonçalves, temos o quanto disposto no artigo 933, do Código Civil;

Inegável que há, em princípio, pontos de contato entre as sanções e a responsabilidade civil.

Sem esgotar a matéria, possível afirmar que ambas as figuras consistem em reações provocadas pela infração a um dever preexistente¹⁶⁹. Tanto uma quanto a outra podem também se prestar a prevenir determinados comportamentos¹⁷⁰ tidos como indevidos, inclusive na tutela do espaço urbano, consoante apontado em nota anterior. Exigem ação ou omissão do agente, sendo possível a reação em face de ato de terceiros.

Todavia, ante o conceito a ser proposto mais adiante de sanção jurídica, verificam-se também distinções de vulto entre ambos os institutos. Referidas distinções, abordadas a seguir, se prestam a explicitar o regime jurídico das sanções proposto no presente trabalho. E afastar desse regime a responsabilidade civil.

Primeiramente, no que toca à responsabilidade civil, há a possibilidade de responsabilização mesmo diante do exercício de atividade lícita. Não necessariamente há que se praticar um ilícito para ensejar

¹⁶⁹ Seja decorrente de convenção, tal qual ocorre na responsabilidade contratual, seja decorrente do dever genérico de não causar dano a quem quer que seja (*neminem laedere*), no que toca à responsabilidade extracontratual;

¹⁷⁰ Em que pese não ser a finalidade precípua da responsabilidade civil a prevenção, mas sim a recuperação, não há como negar que, ante o uso eficaz do instrumento da responsabilidade civil, há, é certo, tomada de maiores cuidados por parte de todos. Diante da possibilidade de se ver responsabilizado civilmente, possível compelir o administrado a adotar condutas reputadas como úteis, e evitar condutas perniciosas. Ainda que não traga a Lei Civil, no que toca à responsabilidade civil, especificação das condutas desejadas, tal qual ocorre nas sanções, o administrado tomará maiores cuidados para evitar a responsabilização. Ou, pelo menos, deveria fazê-lo : calçadas escorregadias deveriam ser substituídas por outras mais apropriadas, evitando acidentes e posterior responsabilização; prédio deixado em ruínas ensejará responsabilização, conforme o artigo 937, do Código Civil; da mesma forma, nasce o dever de indenizar ao habitante da casa da qual caírem coisas, nos termos do artigo 938, também do Código Civil;

responsabilização civil. O que não ocorre, de forma alguma, com as sanções. A título de exemplo, e mais uma vez lançando mão dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves, temos que o :

“dono da máquina que, em atividade, tenha causado dano a alguém (acidentes de trabalho, p. ex.) responde pela indenização não porque tenha cometido propriamente um ato ilícito ao utilizá-la, mas por ser quem, utilizando-a em seu proveito, suporta o risco¹⁷¹”

Prossegue Carlos Roberto Gonçalves asseverando que :

“a obrigação de indenizar pode nascer de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social. Alguns exemplos expressivos podem ser mencionados, dentre outros : o dos atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo artigo 188, II, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o art. 929 do mesmo diploma; (...) o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados necessários (art. 1313 do CC).¹⁷²”

Cumpra ainda explicitar que, mesmo diante de conduta que viole dever geral de cautela, mas que não cause dano algum, não

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003, p. 29.

¹⁷² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003, p. 30.

há que se falar em dever de indenizar. O que não ocorre tampouco na seara das sanções. Nestas, violada a conduta trazida pela norma, é de rigor, em tese, a aplicação da sanção. Ainda que se possa falar em ausência de prejuízo concreto. Ou mesmo ausência de um resultado material.

Para Fábio Medina Osório as medidas reparadoras não se encaixam no conceito de sanção, pois :

“não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo-se, nesse passo, a princípios próprios (...) mais próximos (...) do Direito Civil¹⁷³”

O Fábio Medina Osório¹⁷⁴, fazendo referência também a Jose Suay Rincón¹⁷⁵ e Santiago González Varas Ibáñez¹⁷⁶, aponta, em apertada síntese, as distinções seguintes entre o regime jurídico das sanções e o regime jurídico das medidas reparadoras. No que toca à responsabilidade civil :

¹⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 114 e 115.

¹⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 114 e 115.

¹⁷⁵ RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Studio Albotoniana. Bolonia : Publicaciones del Real Colegio de España, 1989,

¹⁷⁶ VARAS IBÁÑEZ, Santiago González. *La reparación de daños causados a la administración*. Barcelona : Cedecs, 1998.

- a) é suficiente a simples voluntariedade; há reconhecimento da responsabilidade mesmo quando não demonstrada a culpabilidade¹⁷⁷, o que não ocorre nas sanções;
- b) cabe aplicação das regras civis no que toca à solidariedade;
- c) há concessão de ampla margem de discricionariedade à Administração;
- d) atenuação da legalidade, bastando violação de dever geral de cautela (em oposição à tipicidade, a ser respeitada na atividade sancionadora)
- e) admite-se a não sujeição a prazos prescricionais¹⁷⁸;

A responsabilidade civil se presta, essencialmente, a restabelecer o estado anterior das coisas, a ver ressarcido aquele que experimentou, de alguma forma, algum prejuízo. Ainda que para tanto se faça necessário responsabilizar determinado agente pela prática de ato lícito. Ou, ainda que sejam alcançados atos de incapazes, responsabilizando-os e invadindo sua esfera patrimonial. Responsabilização que pode ser levada a cabo não ante violação de regra expressa, veiculada por tipo legal, mas sim diante de vulneração de um dever geral de cautela. Uma abertura que não condiz com a atividade sancionadora.

Distancia-se, portanto, a responsabilidade civil das sanções, cujo fim é, além, de preventivo e, por vezes, restaurador, também

¹⁷⁷ Fábio Medina Osório bem aponta que, para a responsabilização do agente público, à luz da Constituição Federal de 1988, exige-se dolo ou culpa.

¹⁷⁸ Artigo 37, parágrafo 5º, da Constituição Federal : imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário público.

repressivo, exigindo o respeito estrito aos princípios da tipicidade, legalidade e culpabilidade, conforme veremos mais adiante.

Não há como confundir, diante do quanto exposto, as medidas reparadoras com as atividades sancionadoras, haja vista que submetidas a regimes jurídicos distintos. No que toca às sanções jurídicas, há violação de comando de lei determinado, certo. O que não ocorre com as medidas reparadoras, nas quais se verifica apenas a violação de um dever geral de cautela. Ínsito às sanções a punição, o que tampouco ocorre nas medidas reparadoras, onde se busca restabelecer o estado anterior das coisas.

Ao se instituir uma punição em face de determinados comportamentos ou omissão, independentemente do nome que se dê ao instituto, estar-se-á diante de sanção. A exigir a observância de princípios peculiares de direito sancionador, sem perder de vista, jamais, a proteção ao administrado, lado a lado com o bem jurídico que se busca também preservar através do comando da norma.

Trataremos, mais adiante, das sanções jurídicas e de seu regime jurídico peculiar.

4.4 Da sanção jurídica e do ilícito

4.4.1 Notas introdutórias

A sanção é, pois, elemento integrante, mas não constitutivo do ordenamento jurídico. Consoante já abordado anteriormente, a sanção está ligada à eficácia, mas não à juridicidade das normas. Nesses termos, a norma não se torna jurídica porque traz uma previsão de sanção. Há, aliás, normas jurídicas que são desprovidas de sanção e nem por isso deixam de ser normas jurídicas¹⁷⁹. A sanção não se reveste, conforme já apontamos acima, de condição de validade ou de existência da norma jurídica, mas está ligada à eficácia dessa mesma norma jurídica.

As sanções, ademais, não são instrumento exclusivo dos ordenamentos jurídicos. Norberto Bobbio¹⁸⁰ aponta para a existência de sanções de duas outras ordens de sanções, além das sanções jurídicas.

Em primeiro lugar, Bobbio faz menção à sanção moral, puramente interior. Aqui o agente responde somente frente a si mesmo. É, todavia, pouco eficaz, pois exige sensibilidade moral do agente. Consiste, de forma bastante simplificada, em sentir-se culpado.

Ao lado da sanção moral, Bobbio arrola a sanção social. Em contraposição à sanção moral, esta é externa. Ou seja,

¹⁷⁹ Nesse sentido, o artigo 15, da Lei Federal 9437, de 20 de fevereiro de 1997, que vedava a comercialização de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas poderiam ser confundidos. Não trouxe a Lei, todavia, nenhuma sanção cabível ante o descumprimento de referido mandamento. Referida atividade poderia, em tese, ser coibida através do exercício do poder de polícia (v.g. aspectos de segurança, de regularidade nas importações, de ordem pública), mas não através da atividade sancionadora, com imposição de gravame que sequer veio previsto em lei.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2ª edição revista. São Paulo : Edipro, 2003, p. 154, e seguintes.

suscita resposta por parte dos outros com quem convivemos. Pode ser, inclusive, bastante eficaz. É o que ocorre, por exemplo, nos linchamentos. Peca, muitas vezes, pela desproporção entre violação e resposta. Há imediatismo e ausência de órgão certo e prévio responsável pela reação. Não há, ademais, regulação por meio de regras fixas : não se trata de sanção institucionalizada. Não há, aqui, um órgão formalmente constituído para sua aplicação. E tampouco prévia autorização deferida pelo sistema normativo para sua aplicação.

Por fim, trata Bobbio da sanção jurídica. Nesta institucionaliza-se a sanção, regulando-se não só os comportamentos desejados, mas a reação aos comportamentos contrários. É externa e institucionalizada. Há, aqui, certeza da resposta (para toda violação há correspondente sanção), proporcionalidade (estabelecida a medida da sanção) e impessoalidade (define-se quem a aplicará). O fim dessas sanções é reforçar a eficácia das normas jurídicas.

Não se trata de excluir uma ou outra sanção. Presentes, sempre, em cada grupo social, em maior ou menor grau, as três espécies de sanção.

Interessam-nos ao escopo do presente as sanções jurídicas.

4.4.2 Da sanção jurídica

A sanção jurídica, conforme já apontado acima, representa uma resposta fornecida pelo direito para transgressões de suas normas.

Diferentemente do que ocorre com as sanções morais, ou mesmo sociais, temos, aqui, uma resposta institucionalizada às transgressões. Traça o direito, através de normas postas pela função legislativa, exercida pelos representantes do povo, os comportamentos desejados e as conseqüências para o descumprimento de tais comportamentos. Conseqüências sabidas de antemão. Da mesma forma, há que se saber de antemão quem irá aplicar referidas sanções. Não mais haverá mera reprovação interna. Ou reprovação ao sabor de interesses de determinados grupos.

Faremos, neste ponto, breves apontamentos acerca das definições de sanção jurídica e de ilícito, termos correlatos, fornecidas por doutrinadores.

Para Daniel Ferreira, segundo “o Direito posto, *hic et nunc*, para fins de regulação da vida em sociedade, temos como sanção a *conseqüência determinada pelo ordenamento jurídico a um comportamento comissivo ou omissivo incompatível com a moldura normativa anteriormente estipulada, quer fosse essa de permissão, de obrigação ou de*

proibição. Tal presumível consequência – assevere-se desde logo - teria e tem o condão de estimular o destinatário da norma (pessoa humana ou jurídica) ao seu cumprimento, pelo justo receio de, *a contrario sensu*, vir a sofrer os efeitos externos danosos da sua aplicação, pelo competente, nos termos da lei.¹⁸¹”

Nos termos do parágrafo anterior, Daniel Ferreira define sanção como “*a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários.*”¹⁸²”

Portanto, conforme arremata Daniel Ferreira, “a sanção, tal como a restringimos, será sempre o peculiar e imediato correspondente de um ilícito, isto é, um atuar contrário a uma dada disposição normativa ou, no conceber de Kelsen, um comportamento previsto e seu imediato ensejador.”¹⁸³”

Daniel Ferreira traz, ainda, como conceito de ilícito, “o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que verifica na sanção sua direta e imediata consequência jurídica”¹⁸⁴.

¹⁸¹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 14.

¹⁸² FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 25.

¹⁸³ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 20.

¹⁸⁴ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 52.

À semelhança, Rafael Munhoz de Mello define a sanção como “a conseqüência negativa atribuída pelo ordenamento à inobservância de um comportamento prescrito pela norma primária. Ou simplesmente : a sanção é a conseqüência de um ilícito.¹⁸⁵” Vislumbra-se, portanto, na norma jurídica dois elementos. Um primeiro, denominado norma primária, o qual prescreve uma conduta. Ou seja, descreve uma situação de fato. Ao lado desta norma primária temos a norma secundária, a qual estatui que, diante da inobservância da norma primária haverá uma conseqüência negativa, a sanção. Portanto : “A sanção é a resposta prevista na norma para a hipótese de inobservância da conduta nela prescrita¹⁸⁶”.

Heraldo Garcia Vitta discorre acerca das sanções jurídicas descrevendo-as como instrumentos que existem “para atemorizar os eventuais infratores (caráter repressivo), fazendo com que os indivíduos ajustem seus comportamentos aos padrões admitidos em Direito. Tem por fim específico desestimular a prática de condutas proibidas pela ordem normativa¹⁸⁷”. Para Heraldo Garcia Vitta, a finalidade da sanção não seria, portanto, a punição. Arremata o renomado autor afirmando que : “Toda sanção acarreta a punição do infrator, mas o fim dela não é este¹⁸⁸”.

Para Heraldo Garcia Vitta também são intimamente ligados os conceitos de sanção e ilícito, consistindo este último na

¹⁸⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 26.

¹⁸⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 27.

¹⁸⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 65

¹⁸⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 67.

“conduta (ação ou omissão) que contravém o mandamento da norma, a qual estabelece a consequência jurídica, institucionalizada, organizada normativamente : a sanção. Assim, conforme se vê, apenas quando houver descumprimento do mandamento da norma jurídica, poder-se-á falar em ilícito a sua consequência (a sanção).¹⁸⁹”

Note-se, todavia, que o liame existente entre sanção e ilícito é normativo, ou seja, estabelecido por meio das normas, e não causal¹⁹⁰.

Régis Fernandes de Oliveira também estabelece a conexão entre ilícito e sanção. Descrevendo o ilícito como: “expressão mais lata do comportamento estabelecido como pressuposto da sanção, tem ele conteúdo muito mais amplo. Constitui-se na conduta contra a qual a sanção é dirigida, como reação. Não se cuida de ação ou de omissão contra o direito, mas é seu pressuposto, porque o ilícito não está fora do direito.¹⁹¹”

Portanto, possível extrair os seguinte elementos integrantes do conceito de sanção : a) trata-se de medida gravosa; b) estabelecida pelo ordenamento em face da violação do comando da norma, ou seja, em face de um ilícito; c) e que tem como finalidade estimular determinados comportamentos. A sanção jurídica não representa um fim em si

¹⁸⁹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 23.

¹⁹⁰ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 28.

¹⁹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 17.

mesmo. Busca, sim, coibir comportamentos tidos como socialmente prejudiciais. E estimular comportamentos socialmente úteis, à luz do direito.

Temos, assim, uma resposta instituída através de norma jurídica, a qual, por sua vez, é implementada mediante mecanismos democráticos e institucionalizados, para a prática de um ilícito, de uma conduta contrária ao Direito. Cumpre ressaltar, todavia, que a sanção deve servir de último recurso. O que se busca efetivamente não é sancionar, mas sim evitar determinados comportamentos. Deve a sanção ser utilizada como a derradeira via para restaurar a legalidade. Cabendo outras medidas menos gravosas, devem ser as mesmas utilizadas, antes de se lançar mão da atividade sancionadora. Trata-se de decorrência do princípio da proporcionalidade, a ser estudado com maior profundidade logo adiante.

Independentemente do nome jurídico que se dê a determinado instituto, deve-se verificar sua natureza e extrair, então, o regime jurídico a reger-lhe a aplicação. Pedimos licença, mais uma vez, para trazer os ensinamentos do Mestre Alejandro Nieto :

“En el Ordenamiento Jurídico están previstas diversas consecuencias jurídicas muy parecidas, e incluso idénticas, a las sanciones administrativas y es el caso que importa distinguirlas con absoluta precisión habida cuenta de que el régimen jurídico de las sanciones es exclusivo de ellas. Dicho con otras palabras : si se trata de una sanción administrativa en sentido propio y – por considerar que se trataba de otra

figura jurídica – no se ha seguido el procedimiento sancionador estricto, resulta obligada la anulación del acto administrativo.¹⁹²”

Portanto, em se tratando de medida gravosa ou que afete o patrimônio do administrado, decorrente de violação de um ilícito, estamos diante, em tese, de sanção jurídica. Torna-se necessária, conseqüentemente, a observância dos princípios afetos ao direito sancionador a ser abordados mais adiante.

Cumprе ressaltar que, não necessariamente, consistem as sanções em medidas gravosas ou afitivas. Reconhecida, também, a existência de sanções premiaias, através das quais o cidadão é encorajado a praticar determinados atos não em razão da perspectiva de uma punição, mas sim em face de prêmios ou benefícios. Regem-se as sanções premiaias, todavia, por regime jurídico distinto das sanções tidas como medidas restritivas de direitos. Embora ambas tenham, em comum, a finalidade de incentivar determinados comportamentos tidos como relevantes pela ordem jurídica.

Pedimos licença, nesta oportunidade, para breves considerações acerca das sanções premiaias.

4.4.3 Das sanções premiaias

¹⁹² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición, reimpresión. Madrid : Tecnos, 2006, p. 197.

De forma extremamente perfunctória há uma sanção premial quando, ao invés de se infligir um mal diante de um dado comportamento, tem-se, ao contrário, uma recompensa, um prêmio ao administrado. Maurício Benevides Filho leciona que tais sanções, denominadas premiais, são espécie do gênero sanções jurídicas. As sanções jurídicas consistem em :

“uma reação ou retribuição prevista no ordenamento normativo, blindando-se essa contraprestação de uma feição premial (sanção), quando o agente adota a conduta aprovada ou esperada, ou um caráter punitivo (sanção negativa), quando o ato praticado é indesejado ou dissonante”¹⁹³

Inegável a existência das chamadas sanções premiais em nosso ordenamento. Inclusive para proteção da ordem urbanística. A título de exemplo, podemos fazer menção às compensações insertas na legislação municipal da cidade de São Paulo àqueles proprietários que zelam adequadamente pela poda de suas árvores.

Cumprе ressaltar que, tanto as sanções em sentido estrito, quanto as chamadas sanções premiais, buscam estimular determinados comportamentos. E, por conseguinte, desestimular outras

¹⁹³ BENEVIDES FILHO, Maurício. *A sanção premial no direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 1999, p. 112. Esclarece o autor, todavia, que não é qualquer conduta que enseja o denominado prêmio. Não bastaria a simples prestação decorrente de determinação legal. A prestação deveria ser meritória, apta a

condutas tidas como inadequadas à luz do ordenamento jurídico. Inclusive condutas de interesse à ordem urbanística.

As chamadas sanções premiais, portanto, estão presentes em nosso ordenamento. Prestam-se, por vezes, à tutela do espaço urbano. Regem-se pelos princípios da administração pública, tais como legalidade, impessoalidade. Todavia, apesar das semelhanças entre as sanções premiais e as sanções apontadas como punitivas, aquelas não serão tratadas no presente trabalho.

Sem ingressar na discussão acerca de consistir, ou não, o direito em ordem coativa¹⁹⁴, onde não caberia, em princípio, a previsão de sanções premiais. Ou, ainda, sem entrar em conflito com autores que reconhecem a existência e a similitude das sanções punitivas e premiais¹⁹⁵, entendo que as sanções premiais guardam também diferenças consideráveis com as sanções de caráter punitivo.

Em primeiro lugar, nas sanções premiais não resta afetada a esfera de bens e direitos do administrado. A ausência de medidas que interfiram na esfera de liberdade do administrado trazem impactos em princípios dos mais diversos, os quais terão conformação diversa. Pouco

trazer um bem à coletividade (p. 109). Nada obstante, mesmo o cumprimento de condutas tidas como regulares também são benéficas à sociedade.

¹⁹⁴ Consoante o magistério de Maurício Benevides Filho (*A sanção premial no direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 1999), dentre os autores que consideram a sanção punitiva como nota caracterizadora do Direito temos Hans Kelsen (p. 86) e Jhering (p. 90). Em posição contrária, apontados Miguel Reale (p. 91) e Álvaro Mello Filho (p. 91 e ss.). O próprio Kelsen, todavia, não nega a possibilidade da sanção jurídica abranger prêmio e castigo, atribuindo, todavia, às normas premiais uma importância secundária (p.94).

¹⁹⁵ Nesse sentido, BENEVIDES FILHO, Maurício. *A sanção premial no direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 1999.

importa, às sanções premiaias se o administrado obrou, ou não, com dolo ou culpa, o que não se verifica nas sanções gravosas. Enquanto que nas sanções premiaias ressalta o princípio da igualdade, da probidade e da impessoalidade, evitando-se distorções e vantagens indevidas, nas sanções gravosas é essencial a proteção ao administrado.

As sanções que serão objeto do presente trabalho são apenas aquelas de cunho aflitivo ou punitivo, a exigir estrito respeito da legalidade, tipicidade, proporcionalidade e culpabilidade. Enquanto medidas gravosas, tornam mais evidente, insisto, o dever de respeito aos direitos do administrado, evitando-se abusos do Estado. Vetor axiológico a nortear a atividade sancionadora do Estado.

4.4.4 Das sanções administrativas

Pois bem. Superadas, formalmente, as considerações relativas às sanções jurídicas, resta-nos, agora, tratar das sanções administrativas, para então passarmos à análise das sanções administrativas urbanísticas.

Este é um passo inicial que devemos dar, para então ingressar na seara das sanções administrativas urbanísticas, as quais, conforme nosso ponto de vista, estarão impregnadas de princípios não apenas afetos ao direito público, mas também de direito urbanístico, a lhes conferir traços peculiares e únicos. Vejamos.

Não nos debruçaremos, aqui, sobre o tema relativo à existência, ou não, de diferenças ontológicas entre sanções penais e as administrativas. Ou mesmo entre as sanções administrativas e urbanísticas. Comungamos da opinião da inexistência de tais diferenças.

Ontologicamente sanções penais, administrativas, ou mesmo urbanísticas são idênticas. Diferem referidas sanções, unicamente, à luz do regime jurídico que lhes foi conferido pelo ordenamento jurídico, pelo legislador¹⁹⁶.

Sanções penais são aplicadas com exclusividade pelo Judiciário, admitindo, inclusive, sanções privativas de liberdade. Sanções administrativas e urbanísticas são de imposição, em regra, pela autoridade administrativa competente. Não cabendo imposição de pena privativa de liberdade, a qual, em nosso ordenamento, somente cabe por ordem de autoridade judiciária, em situações de flagrante delito, ou diante de transgressões militares ou crime propriamente militar. Nesse sentido, o inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal. Excluída, assim, a possibilidade de imposição de sanção privativa de liberdade no exercício de função administrativa.

¹⁹⁶ O que não significa que o legislador se encontre despedido de limites. Não é qualquer conduta que pode legitimamente ser objeto de sanção. Não há como se sancionar, a título de exemplo, condutas que não tragam qualquer dano ou risco de dano. Tampouco caberia, em princípio, sancionarem-se crenças políticas ou morais, doutrinas religiosas, ideologias, meros sentimentos. Há dever de respeito, também pelo legislador, a direitos fundamentais e princípios constitucionais. Fazemos referência, nesse sentido a : ROXIN, Claus. ¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal ?. In : HEFENDEHL, Roland (Ed.) . *La teoría del bien jurídico. ¿ Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático ?* Madrid : Marcial Pons, 2007.

Trataremos, primeiramente, das sanções administrativas.

Daniel Ferreira define as sanções administrativas como : “Toda e qualquer sanção terá natureza administrativa desde que aplicada no exercício dessa mesma função.¹⁹⁷”

Nesse contexto, consiste a função administrativa no “*dever-poder operativo, compulsoriamente exercitado no uso das prerrogativas públicas e em prol da coletividade, concretizador dos comandos primários, gerais e abstratos contidos na norma legislativa ou, excepcionalmente, na norma constitucional*¹⁹⁸”.

Portanto, à luz das considerações acima, consiste a sanção administrativa na “*direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.*¹⁹⁹”

Por sua vez, o ilícito administrativo, denominado por Daniel Ferreira de infração, consiste no “*comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a*

¹⁹⁷ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 32.

¹⁹⁸ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 32.

¹⁹⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 34

*aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo.*²⁰⁰

Fábio Medina Osório traz alguns critérios que caracterizam o raio de incidência do Direito Administrativo. São eles :

- a) presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica²⁰¹ ainda que referida relação venha tutelada pelo Judiciário;
- b) presença de atividade administrativa – interesse geral ou público – independentemente da “entidade originariamente competente para tutelar essa relação²⁰²”;
- c) “previsão de regime jurídico publicista (...) dotando a Administração Pública de poderes públicos (...) e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle²⁰³”;

Prossegue Fábio Medina Osório definindo as sanções administrativas como “um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com

²⁰⁰ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 63.

²⁰¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

²⁰² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo.²⁰⁴”

Heraldo Garcia Vitta define o ilícito administrativo como : “o descumprimento de dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência.²⁰⁵”

A sanção administrativa, portanto, para Heraldo Garcia Vitta, consiste na “conseqüência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.²⁰⁶”

Identificáveis, diante das definições fornecidas, três elementos básicos a integrar as sanções administrativas. Dois

²⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

²⁰⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 104. O ilustre autor, antes de nos apresentar a definição transcrita no presente trabalho, trouxe à baila algumas considerações, que merecem breve menção : a aplicação das sanções não se dá apenas através da Administração, ou do exercício das funções administrativas (critério formal), mas também ante a presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público (critério material a abarcar entidade pública ou privada); incluiu-se na definição, de forma expressa, a aplicação das sanções inclusive a relações especiais de sujeição em face de vozes dissonantes na doutrina, em especial de Jose Suay Rincón, quanto a incidir o direito administrativo sancionador na esfera disciplinar; por fim, no que toca às corporações, traz o autor exemplo, dentre outros, da OAB, sendo certo que, em face de expressa previsão legal, é a atividade do Advogado um serviço público (parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.906, de 04.07.1994.

²⁰⁵ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 35.

são comuns a todas as sanções : elemento objetivo (efeito aflagante da medida), elemento teleológico (finalidade punitiva). E, como nota característica, seriam administrativas as sanções aplicada no exercício da função administrativa.

O exercício da função administrativa faz incidir, assim, sobre a atividade sancionadora, o regime jurídico publicista. Trazendo à tona, em especial, toda sorte de garantias contra abusos do Estado. Retornaremos a estas questões mais adiante quando tratamos dos princípios de direito sancionador.

4.4.5 - Das Sanções urbanísticas

Pois bem. Sanções aplicadas enquanto no exercício de função administrativa recebem a incidência do regime jurídico sancionador que acima explicitamos.

Mas seria possível falar-se em sanções administrativas urbanísticas ? Estar-se-ia enveredando numa indevida tentativa de em tentar afirmar a autonomia de mais um ramo de direito ?

Entendemos, à luz do quanto já exposto, que é possível falar-se em sanções administrativas urbanísticas. Sanções que

²⁰⁶ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 66.

sorvem não apenas dos princípios inerentes a toda atividade estatal repressora, mas também de princípios do direito urbanístico. Sanções que são, todavia, ontologicamente idênticas às sanções penais ou administrativas. Não haveria aqui qualquer tentativa de fragmentar ainda mais o direito, que é, na realidade, uno, buscando, de forma infrutífera, alicerces para mais um novo ramo do direito.

O que temos, sim, é, à luz do direito posto, incidência tanto de princípios do direito sancionador, quanto do direito urbanístico, na atividade de imposição de medidas afitivas que interessam à organização da cidade. Esta incidência conjunta de princípios faz nascer, a nosso ver, um regime jurídico peculiar às sanções que podemos denominar de sanções administrativas urbanísticas.

A atividade sancionadora na seara do direito urbanístico reveste-se, efetivamente, de peculiaridades, tal qual a exigência de plano diretor para a válida imposição de obrigações e, conseqüentemente, de planejamento e de participação popular. Tendo como vetor teleológico o cumprimento da função social da propriedade urbana e a valorização da moradia e da regularização fundiária.

Trataremos, a seguir, da atividade sancionadora estatal, e de seus princípios regedores. Para então verificar a incidência de tais princípios, conjugados com princípios de direito urbanístico,

em relação a algumas sanções em espécie, as quais consideramos ser de natureza urbanística.

4.4.6 Princípios do direito sancionador

A importância dos princípios jurídicos já foi explicitada anteriormente.

Tal qual ocorre com o direito urbanístico, ou mesmo com outros ramos do direito, possível, na esfera das sanções administrativas, extrair princípios formalmente constitucionais regedores dessa atividade.

São princípios que conferirão peculiar regime jurídico à atividade administrativa sancionadora.

Os princípios, no direito administrativo sancionador, além de servirem de orientação ao legislador, ao aplicador da lei e ao julgador, se prestam, no Estado de Direito, a fornecer efetivo controle da atividade punitiva. Conferindo proteção ao administrado contra os abusos, por vezes freqüentes, da autoridade sancionadora. Nesse sentido, dispõe Rafael Munhoz de Mello, definindo os princípios como “normas basilares do

ordenamento, condicionando a criação, a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas.²⁰⁷”

A conformação do Estado Brasileiro como Estado Democrático de Direito já foi objeto de considerações quando tratamos das sanções. Pedimos vênias para fazer remissão às considerações lá lançadas, as quais serão ora complementadas.

Defluem do Estado Democrático de Direito princípios gerais, os quais que regerão a atividade estatal, em especial na imposição de sanções. Temos, aqui, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicano. Consistem estes, consoante Canotilho, em princípios estruturantes, que carregam “idéias directivas básicas”. Princípios esses que ganham concretização através de outros sub-princípios, os quais “densificam” os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno²⁰⁸”.

Conforme já tratado acima, o fato de consistir o Brasil em um Estado Democrático de Direito, nos termos artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal é circunstância que traz à baila uma série de conseqüências jurídicas. Decorrem do princípio do Estado Democrático de Direito os sub-princípios seguintes, que “densificam”, também, a atividade

²⁰⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 3.

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996, p. 181.

sancionadora. Mais uma vez aproveitando-nos de sistematização fornecida por Rafael Munhoz de Mello²⁰⁹, trazemos como princípios da atividade sancionadora estatal os seguintes :

- a) da legalidade da Administração;
- b) da segurança jurídica;
- c) da proibição do excesso;
- d) da proteção jurídica e das garantias processuais;

Trataremos dos princípios acima, à exceção daquele referente às garantias processuais, a seguir, apontando sua importância e sua concretização no que tange à atividade sancionadora.

As garantias processuais, ainda que fundamentais à atividade sancionadora, nos faria ingressar em seara afeta ao processo, circunstância que foge do objeto do presente.

Nesses termos, prosseguimos com uma apreciação singela dos princípios que temos por fundamentais à atividade sancionadora. Uma concretização dos princípios da legalidade, da segurança e da proporcionalidade, no que toca à atividade sancionadora. São referidos princípios, ou, se preferirem, sub-princípios, que “densificam” o princípio do Estado Democrático de Direito na esfera sancionadora, os seguintes : legalidade, tipicidade e irretroatividade (como corolários da segurança jurídica)

²⁰⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 85 e seguintes.

e proibição do excesso, cabendo, neste último tópico, reflexões sobre a culpabilidade.

Note-se que entendemos que os princípios do direito sancionador não são decorrentes do direito penal, mas sim daquilo que poderíamos chamar de teoria geral de direito sancionador, que, por sua vez, é decorrente do Estado Democrático de Direito. Direito sancionador como tronco comum, com ramificações ao direito penal, direito administrativo e direito urbanístico, e que busca, fundamentalmente, coibir abusos do Estado.

4.4.6.1 Da legalidade

Podemos mencionar em primeiro lugar, sem que signifique a apresentação de rol organizado por ordem de importância, o princípio da legalidade da Administração, exigido pelo artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

No Estado Democrático de Direito há dever de obediência à lei por parte do administrador. Pode o administrador fazer tão somente o que lhe foi permitido pela lei. Diferentemente da esfera privada onde tudo é permitido, salvo o que for vedado em lei. Nesse sentido, aliás, o comando constitucional veiculado pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Entendemos, ademais, que o princípio da legalidade exige a edição de lei formal para a definição de ilícitos e de sanções. Assim ocorre na esfera penal, em face de expresso comando constitucional (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). Não poderia ser diferente na seara sancionadora administrativa, ou mesmo urbanística, haja vista que não diferem, ontologicamente, as referidas sanções.

Segue-se, portanto, que a atividade regulamentar não pode prever infrações ou sanções que não venham dispostas em lei. Nesses termos, o quanto dispõe Rafael Munhoz de Mello²¹⁰, aduzindo que os regulamentos “não podem criar obrigações e direitos que não tenham sido previstos previamente pelo legislador”. Proporcionam, sim, a execução em concreto de direitos que foram anteriormente objeto de previsão legislativa. Não há espaço no ordenamento pátrio para regulamentos que “inovam a ordem jurídica de modo primário”.

Cumprindo ainda ressaltar que, em se tratando a legalidade um direito individual, veiculado pelo já mencionado inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, e nos termos do magistério de Daniel Ferreira²¹¹, diante do inciso II, do parágrafo 1º, do artigo 68, da Constituição Federal, sequer seria admissível delegar competência em matéria legislativa que verse sobre direitos individuais. E, muito menos, admitir-se disciplina de

²¹⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 106.

²¹¹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 93.

sanções e ilícitos, de forma inovadora, sem qualquer respaldo em Lei, por meio de decreto.

Não desconhecemos o conceito de sujeição especial, onde aqueles sujeitos às sanções se encontram no denominado âmbito interno da Administração (v.g. : funcionários, contratantes). Muito se discute acerca da intensidade na qual incide o princípio da legalidade nessas situações de sujeição especial. Referida discussão nos afastaria do objeto da presente. Pedimos licença para deixar de lado referido debate, retomando-o noutra oportunidade. Sem nos olvidamos, perdoem nossa insistência, de que a atuação do administrador, sempre, é subordinada à Lei, expressão da vontade popular.

Cumpre-nos aqui trazer uma ulterior consideração. A aplicação de sanções é figura veiculada por lei. Lei formal, conforme já apontado acima. Em se tratando de comando legal, nada mais se permite ao administrador a não ser aplicar a lei. Verificados, assim, os pressupostos de fato ensejadores de uma sanção, nada mais resta ao administrador a não ser aplicar a sanção, salvo concorrência de circunstâncias que excluam o ilícito ou a culpabilidade. Não pode ficar ao sabor do administrador decidir quem e quando sancionar. Violar-se-ia o princípio constitucional da igualdade. Gerando, referida omissão, conseqüências jurídicas²¹².

²¹² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición, reimpresión. Madrid : Tecnos, 2006, p. 29.

Portanto, mais do que um poder, estamos diante de um dever de sancionar. Desde que, por óbvio, verificada a prática de um ilícito. A atividade sancionadora, enquanto instrumento para garantir a eficácia da lei, deve ser utilizada apenas como último recurso, dado o primado da liberdade do administrado. Todavia, quando prevista em Lei, e caracterizado o ilícito, não resta alternativa ao administrador a não ser impor a devida sanção. Salvo, é óbvio, circunstâncias que afastem a ilicitude, ou a responsabilidade do agente. Nesse sentido, também dispõe Daniel Ferreira, afirmando que a “aplicação de sanção por um agente público não consiste em uma mera faculdade, mas sim em ineludível vinculação.”²¹³.

Em suma, por força do princípio da legalidade, apenas lei formal pode criar ilícitos e correspondentes sanções, restando aos regulamentos apenas tornar explícito aqui o que já se encontra veiculado pela lei. Decorrendo, ainda, de tal circunstância, a obrigatoriedade do agente público de aplicar a sanção²¹⁴, uma vez verificada a ocorrência de seu pressuposto de fato, ou seja, do ilícito.

4.4.6.2 Da tipicidade

²¹³ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 40.

²¹⁴ Alejandro Nieto traz argumentos em sentido contrário, apontando para a impossibilidade de se sancionar, em especial no campo urbanístico, todas as infrações. Alega o autor que, a cada mil infrações, apenas uma seria objeto, em concreto, de sanção. Haveria aqui, a nosso ver, violação da legalidade e da igualdade, circunstância também vislumbrada pelo autor. In : NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición, reimpresión. Madrid : Tecnos, 2006, p. 133.

O princípio da tipicidade surge como concretização da segurança jurídica. É exigência da previsibilidade da atuação estatal.

Conforme já apontado acima, “O Estado não pode surpreender o particular, impondo-lhe comportamentos não previstos em lei prévia ou alterando situações jurídicas já há muito cristalizadas.”²¹⁵

Para tanto, dentre outras exigências, devem as regras ser claras e precisas. O administrado deve saber exatamente quais as condutas que lhe são vedadas e quais lhe são permitidas.

Destarte, além de ser necessária a previsão do ilícito e sua correspondente sanção em lei formal, deve a lei trazer uma descrição específica, seja do pressuposto de fato que caracteriza o ilícito, seja das conseqüências quanto ao descumprimento de tal pressuposto de fato. Esta necessidade de se descrever de forma especificada ilícitos e sanções decorre, diz Enterría²¹⁶, de uma dupla exigência. Em primeiro lugar, “del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas”. E, ainda, da “correlativa exigencia de la seguridad jurídica”. Ambas as exigências estariam desatendidas se os

²¹⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 87.

²¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena edición, Madrid : Civitas, 2004, p. 177.

cidadãos não pudessem prever as conseqüências de seus atos. Portanto, além de lei formal, devemos ter *lex certa* para prever ilícitos e sanções.

Não cabem, portanto, cláusulas gerais ou indeterminadas, que confirmem excessivo arbítrio ao órgão sancionador.

Para Rafael Munhoz de Mello a tipicidade “exige que o comportamento proibido esteja descrito de modo claro e preciso na norma jurídica, assim como exige precisão e clareza na descrição da sanção a ele correspondente”, garantindo, assim, “precisa e exata identificação da conduta que é vedada²¹⁷”. O culto Autor afirma, ao final, não bastar que infrações e sanções sejam criadas lei formal : deve-se ir além. A lei formal precisa descrever de modo claro e preciso o comportamento proibido e a conseqüência. Providenciada, assim, ao lado da garantia formal de exigência de lei, uma garantia material. A tipicidade, assim, teria uma dupla função : a) permitir aos particulares saber quais os comportamentos vedados e as sanções previstas; b) limitar a liberdade da Administração Pública.

Cabe, ainda, um derradeiro esclarecimento. Novamente alicerçados nos ensinamentos de Rafael Munhoz de Mello, temos que “a prática de conduta típica não representa necessariamente um comportamento ilícito ou antijurídico²¹⁸”. A tipicidade é tão somente um indício de ilicitude. Deve-se dar um passo adiante e elaborar juízo de antijuridicidade,

²¹⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 125.

ou seja, de contrariedade ao ordenamento. Isso porque, por vezes, mesmo diante de um comportamento que, *prima facie*, se subsuma ao pressuposto de fato de norma sancionadora, pode estar amparado em justificativa legítima para a sua prática. Justificativa essa prevista, também, em lei formal. São causas de exclusão de ilicitude, tais quais as previstas no artigo 23, do Código Penal, ou, ainda, no artigo 188, incisos I e II, do Código Civil.

Completa Alejandro Nieto : “Si la sanción se remite por naturaleza a la infracción, la infracción presupone, a su vez, una acción antijurídica, siendo antijuridicidad, en su sentido literal y más profundo, contradicción entre la acción (y el hecho a la que ésta se refiere) y el Derecho (*ius*)²¹⁹”. A expressão “Direito” tendo como alcance a contradição exclusivamente em relação a normas positivas.

Portanto, conforme bem coloca Alejandro Nieto, para examinar o cabimento, ou não, determinada sanção, temos que verificar se determinado comportamento contradiz a lei. Mas devemos ir além, e também aquilatar se a conduta não está coberta por circunstância que a justifique. Só então se pode falar em antijuridicidade. Para elaborar-se juízo de

²¹⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 142.

²¹⁹ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición, reimpresión. Madrid : Tecnos, 2006, p.363.

antijuridicidade, deve este ser precedido da análise e descarte das possíveis causas de justificação²²⁰.

Possível, inclusive, que embora ilícito, o comportamento violador de norma não gere qualquer sanção. Trataremos desta circunstância mais adiante, ao abordarmos o princípio da culpabilidade.

Portanto, não basta, à definição de ilícitos e de sanções, a existência de lei formal. A lei deve também ser clara e precisa, trazendo condutas vedadas e sanções decorrentes claramente tipificadas. Conferindo-se ao administrado uma garantia material contra abusos da Administração Pública.

Prejudicada restaria a finalidade preventiva das sanções caso o administrado não pudesse saber de antemão quais os comportamentos que lhe são vedados. Não teria condições de ajustar sua conduta em prol de valores e bens prestigiados pela ordem jurídica. Qual o incentivo que forneço ao cumpridor da Lei ? Ou, ainda, qual o temor que inspiro àquele que viola, ou pretende violar, o quanto trazido pela norma ? A atividade sancionadora acaba ficando ao sabor dos “humores” da Administração. Uma situação que põe em xeque as garantias do administrado, assim como o princípio da legalidade e da igualdade, e, ainda, o próprio fim a que foram forjadas as sanções, qual seja, de dotar as normas de eficácia.

²²⁰ Alejandro Nieto, a seu turno, arrola as causas de justificação seguintes : exercício legítimo de um

4.4.6.3 Da irretroatividade

Todavia, não basta apenas lei formal e lei certa para a adequada imposição de sanções.

Como corolário, também, da segurança jurídica, a lei, além de ser formal e certa, deve também ser prévia à conduta. Não há como se prevenir determinadas condutas, fim último da sanção, sem informar de antemão ao administrado quais as condutas que lhe são permitidas e lhe são vedadas.

Conforme dita o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, não há crime sem lei anterior nem pena sem prévia cominação legal. Fala o artigo apenas em infração penal. Nada obstante, conforme já apontado, carecem de diferenças ontológicas ilícitos penais, ou mesmo administrativos ou, ainda, urbanísticos. Não há motivo para que não persista a vedação à retroatividade também para as infrações administrativas ou urbanísticas.

A possibilidade de retroatividade, com lei posterior alcançando situações já consolidadas traria enorme insegurança

direito, estado de necessidade, força maior e confiança legítima, esta última apontada, muitas vezes, como

jurídica. Não teria o administrado condições de escolher atuar conforme o direito.

Rafael Munhoz de Mello, em harmonia com o quanto dito até aqui, aponta para a inadmissibilidade de retroatividade de lei mais gravosa. O princípio da irretroatividade “exige que o ilícito seja tratado conforme as regras existentes no momento em que a conduta é praticada.”²²¹ Nesses termos, a lei que cria infração ou sanção, ou que agrava sanção não retroage. Senão, aquele que agiu lícitamente pode se tornar, “inopinadamente, infrator”²²². Com conseqüências desastrosas à segurança jurídica.

Nada obstante, o princípio em tela nega tão somente a retroatividade de lei que possa reconhecer um ilícito que antes não existia. Admissível, nada obstante, a retroação da lei mais benigna. Nesse sentido aliás, o comando constitucional veiculado pelo artigo 5º, inciso XL. Referida norma trata, também, da lei penal. Aqui, mais uma vez, dada a ausência de diferença ontológica entre ilícitos penais e administrativos, carecemos de fundamento para não aplicar referida regra às sanções administrativas ou urbanísticas.

Até porque, dada a edição de norma posterior mais benéfica, conduta do administrado não seria mais contrária ao direito.

excludente da culpabilidade.

²²¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 143.

²²² MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 144.

Referida conduta não mais haveria de ser evitada. Perderia sentido a aplicação de sanção.

Portanto, vedada a retroação de lei posterior mais gravosa, seja que crie novos ilícitos, seja que agrave sanções.

4.4.6.4 Da proibição do excesso

A proibição do excesso impõe ao poder público a moderação no agir, a proporcionalidade entre ato e finalidade. Decorrem da proibição do excesso, apoiados nos ensinamentos de Rafael Munhoz de Mello²²³, os seguintes sub-princípios :

- a) da adequação : “exige que os atos estatais tenham aptidão para atingir o resultado que se pretende. Ao exercer uma competência, o ente estatal tem em mira uma específica finalidade, devendo a medida adotada ser adequada ao seu alcance (....) É dizer, o meio utilizado pelo agente estatal deve ser idôneo para atingir o fim que se deseja. Sendo necessariamente um interesse público o fim do agir estatal, o ato deve ser adequado para a sua satisfação.”
- b) da necessidade : “o Estado deve adotar, ao buscar seus fins, a medida menos gravosa aos particulares. Se há dois meios

²²³ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 163, e seguintes.

adequados para atingir um mesmo fim, deve ser adotado pelo Estado o que represente menor sacrifício dos interesses privados.”

- c) da proporção entre meios utilizados e fins almejados : ou proporcionalidade em sentido estrito, o qual “veda a utilização excessiva ou desproporcional da competência outorgada ao agente estatal. Uma vez definida a medida adequada e necessária ao atendimento do fim desejado, deve ainda o Estado praticá-la na exata proporção exigida pela situação. Em outras palavras, o meio empregado deve ser proporcional ao fim desejado.”

O princípio da proibição do excesso fornece fundamento, dentre outros, ao princípio da culpabilidade, ao *non bis in idem* e, ainda, à vedação de penas perpétuas, todos de fundamental importância ao direito sancionador. Analisemos mais detidamente cada um destes princípios.

Iniciemos pela culpabilidade.

Para se elaborar juízo relativo ao cabimento da imposição de uma sanção, devemos verificar se conduta é típica e antijurídica. Mas devemos ir além, ingressando em aspectos do comportamento do agente. É nesse contexto que se insere a culpabilidade.

Conforme já apontado, a finalidade das sanções é prevenir novos comportamentos tidos como nocivos pelo ordenamento. A prevenção é de duas ordens distintas : geral e especial.

Prevenção geral refere-se ao efeito que a atividade sancionadora exerce sobre a coletividade, servindo de exemplo para que terceiros, que não o agente a ser sancionado, evitem violar a norma. A prevenção especial, a seu turno, incide junto ao próprio infrator, enquanto objeto da atividade sancionadora. Evitando, em tese, que ele volte a cometer novas infrações.

Pois bem, “o princípio da culpabilidade veda a imposição de sanção administrativa retributiva a pessoas que não contribuíram de modo algum para a ocorrência da infração administrativa, ou o fizeram a despeito de terem agido licitamente e adotado a diligência exigida no caso concreto.²²⁴”

Ou seja, em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário, somente cabe a imposição de sanções àqueles que agiram com dolo ou culpa. Dolo aqui entendido, de forma bastante abreviada, com a característica da conduta daquele que age querendo a produção de determinado resultado, ou assumindo o risco de que referido resultado se produza. O faz de forma consciente. A culpa, a seu turno, se manifesta através de três modalidades : a negligência (quando, de forma omissiva, deixo de tomar as devidas cautelas), a imprudência (que se traduz num agir sem as devidas cautelas, numa conduta comissiva) e a imperícia (quando deixo de observar regras referentes a profissão, arte ou ofício). Na culpa o resultado não

²²⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 163, e seguintes, p. 178.

é buscado pelo agente, mas acaba ocorrendo em face de negligência, imprudência ou imperícia.

Não basta, portanto, verificar a vontade do agente.

Não basta a mera voluntariedade. Mais uma vez valendo-nos dos ensinamentos de Rafael Munhoz de Mello, lícito afirmar que “uma conduta humana pode ser voluntariamente voltada a um resultado lícito e atingir, não obstante, resultado ilícito, mesmo com a adoção de todas as precauções para que não ocorra esse desvio²²⁵”. Nessas circunstâncias não seria cabível a imposição de sanção. Não atenderia ao requisito da adequação ao fim preventivo. Nada há a prevenir aqui. Arremata Rafael asseverando que :

“Se não alcança sua finalidade preventiva, especial e geral, a sanção administrativa retributiva é medida inadequada nos casos em que não há dolo ou culpa *stricto sensu*. É inadequada em face da inaptidão para atingir seu fim, que é prevenir a ocorrência da conduta típica. Trata-se de medida inútil (...) Sendo medida inapta a atingir sua finalidade, a sanção administrativa retributiva imposta a quem age sem dolo ou culpa fere o princípio da adequação, corolário do princípio da proporcionalidade que exige que o meio utilizado pelo agente estatal seja idôneo para atingir o fim previsto na lei.²²⁶”

²²⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 163, e seguintes, p. 186.

²²⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 163, e seguintes, p. 174.

Trata-se de princípio constitucional, que não pode ser afastado pelo legislador infraconstitucional.

A culpabilidade não retira por completo a liberdade do legislador para eleger o sujeito passivo de determinada infração. Traz-lhe, sim, limites. Conforme bem coloca Daniel Ferreira :

“o legislador pode, ao seu exclusivo talante, determinar como sujeito passivo da sanção tanto o infrator como qualquer outra pessoa, desde que direta ou indiretamente ligada àquele ou ao próprio comportamento violador da norma de conduta. Isso decorre da própria finalidade da sanção administrativa : *desestimular condutas administrativamente reprováveis (...)* Não havendo vedação constitucional nesse sentido, e desde que observado um mínimo liame entre o infrator e o sujeito passível de sofrer a sanção administrativa, a escolha da forma de atingimento desse desiderato é de competência do legislador ordinário²²⁷”.

Portanto, em face do princípio da culpabilidade, somente cabe impor sanções àquele que agiu com dolo ou culpa, sendo vedada, como decorrência do princípio constitucional da adequação, a responsabilização objetiva. Ou seja, a responsabilização em face da simples realização do tipo, “sem que seja relevante o elemento subjetivo de quem

²²⁷ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 44.

prática a conduta proibida²²⁸ não pode ser admitida. Goza o legislador de liberdade para eleger o sujeito passivo. Liberdade essa, todavia, limitada, a nosso ver, pela culpabilidade.

A proibição do excesso também tem como corolário o princípio do *non bis in idem*.

O princípio do *non bis in idem* fornece garantia no sentido de que “ninguém pode ser ‘reiteradamente’ sancionado por um mesmo ilícito.²²⁹”

Possível que haja “conseqüências restritivas de direitos a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas²³⁰”. Ou seja, a lei pode estipular acumulação de uma sanção com outras. Mas não cabe condenar-se, na esfera administrativa, pelo mesmo fato, mais de uma vez o administrado.

Nesses termos, leciona, também, Rafael Munhoz de Mello asseverando que a aplicação reiterada de sanções de uma mesma natureza, relativas a um mesmo fato, “representa um excesso intolerável, e bem por isso, ofensivo ao princípio da proporcionalidade. Tendo em vista uma

²²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 181.

²²⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 133.

²³⁰ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 133.

certa conduta, tipificada como sanção, o legislador escolhe a sanção administrativa correspondente. Ocorrendo tal conduta, deve ser aplicada uma única vez, pois tal é a medida reputada pelo legislador como adequada e proporcional ao atendimento da finalidade preventiva.²³¹”

Por fim, trazemos algumas considerações relativas às sanções perpétuas. Comungamos do entendimento de que não cabem sanções de caráter perpétuo.

O texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, afirma que não haverá penas de caráter perpétuo. Decerto que o artigo constitucional faz, como outros já apreciados, referência expressa a pena de natureza criminal. Nada obstante, diante de nossa posição, a qual não vislumbra diferenças ontológicas entre sanções penais e sanções administrativas ou urbanísticas, careceria de fundamento não estender referida vedação a sanções de outra natureza.

Necessário distinguir, todavia, sanção permanente de sanção de efeitos permanentes.

Daniel Ferreira define sanção permanente como aquela que “*voltada ao futuro, inviabiliza o regular exercício de um direito*”²³². A seu turno, a sanção de efeitos permanentes : “*atinge uma parcela restrita de direitos do sancionado em grau de definitividade sem que, contudo,*

²³¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 176.

*genericamente obstaculize seu exercício. A demissão inviabiliza a manutenção da situação de servidor público, mas não veda o acesso a outro cargo, mediante novo concurso público e após certo lapso temporal (...) a cassação de alvará de licença proíbe a manutenção de dada atividade num específico lugar, contudo não em outros.*²³³”

Em se tratando de sanção permanente, a mesma será inconstitucional, ainda que prevista em Lei.

Portanto, em suma, os principais princípios de direito sancionador são os seguintes :

- a) legalidade
- b) segurança : tipicidade e irretroatividade
- c) proibição do excesso : culpabilidade e vedação do *bis in idem*;

Possível arrolarmos outros, muitos dos quais relativos ao devido processo legal. Optamos pelos já tratados, que são, a nosso ver, os princípios fundamentais do direito sancionador, e suficientes ao objeto do presente trabalho, de buscar um regime jurídico peculiar às sanções urbanísticas, consoante será abordado mais adiante.

Encerramos, assim, nossa explanação acerca dos principais princípios relativos à atividade sancionadora. Resta-nos, agora,

²³² FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 136.

²³³ FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 136.

verificar, à luz de algumas sanções que consideramos ser de natureza urbanística, se efetivamente há peculiaridades em seu regime jurídico a justificar a afirmação da existência de um particular regime jurídico de direito administrativo sancionador urbanístico. Regime esse que não se confunde com o regime de direito administrativo sancionador.

5. Das sanções urbanísticas previstas na Lei Federal 10.257/2001.

Colocamos aqui algumas questões adicionais.

Seria possível a proteção de bens e interesses de cunho urbanístico mediante a atividade sancionadora ? E em sendo possível, o regime jurídico da dita atividade restaria impregnado de princípios próprios do direito urbanístico ? A incidência de referido regime jurídico, caso aceito, se dá tão somente em face de se aplicar a objeto que importa, ou pertence, ao direito urbanístico ? É possível isolar determinadas sanções previstas no ordenamento sob um regime jurídico próprio do direito urbanístico ?

Conforme trataremos a seguir, a resposta a todas as questões acima é afirmativa.

Adotamos, como ponto de partida à análise das sanções urbanísticas, o texto constitucional.

A Constituição Federal, no capítulo relativo à política urbana, notadamente no artigo 182, estabeleceu obrigações e correlatas sanções. São obrigações atinentes ao adequado aproveitamento do solo urbano e, em maior grau, ao efetivo cumprimento da função social da propriedade urbana.

Temos aqui, portanto, três institutos que interessam sobremaneira ao direito urbanístico. São eles : o parcelamento ou edificação compulsórios (com previsão no artigo 182, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição Federal), o imposto progressivo (tratado no artigo 182, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal) e a desapropriação (artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal).

Iniciaremos nossa explanação acerca das sanções urbanísticas em espécie tratando, de forma mais aprofundada, desses três institutos trazidos pelo texto constitucional. Apontando para a sua natureza como sendo pertencente ao direito urbanístico, analisando-os à luz dos princípios do direito sancionador, assim como em face dos princípios do direito urbanístico. Princípios esses que necessariamente incidem sobre os apontados institutos, sob pena de, consoante nosso entendimento, eiva-los do vício da invalidade. Vejamos.

5.1 Do parcelamento ou edificação compulsórios

O artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal, conforme já mencionado acima, dispõe : “É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de : I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais;”

Temos, portanto, instituídas sanções para o proprietário que não promove o adequado aproveitamento do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

Entendemos se tratar de sanções pois, conforme já abordado anteriormente, importarão na imposição de medida gravosa ao proprietário do solo urbano diante do descumprimento de determinado pressuposto de fato, ou seja, diante da prática de um ilícito. E urbanísticas. São estruturadas com fulcro em regras do direito urbanístico. Exigem plano diretor, que traz à baila princípios peculiares ao direito urbanístico como planejamento e participação popular. Têm fim claro e preciso,

qual seja, o cumprimento da função social urbana, circunstância que deverá ser considerada na imposição das sanções. Recebem as referidas sanções, portanto, influxo de princípios peculiares do direito urbanístico, que lhe emprestam um característico regime jurídico. Retomaremos essas questões ao longo de nossa explanação.

Protege-se, aqui, não apenas o referido aproveitamento do solo urbano, mas, também, a própria função social da propriedade urbana. À luz do quanto disposto no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal possível que “se infira ao menos um aspecto material da concepção do constituinte acerca da função social da propriedade urbana : o solo urbano não cumpre sua função social se não utilizado, subutilizado ou não edificado.²³⁴”

Aponta o texto constitucional, como obrigações a impor ao proprietário que deixa de promover o adequado aproveitamento do solo urbano, as seguintes :

- a) parcelamento ou edificação compulsórios;
- b) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- c) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais,

iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais

Algumas considerações e questões se fazem necessárias neste ponto da nossa explanação.

Em primeiro lugar, seria o inadequado aproveitamento do solo urbano o único problema a afligir a população das grandes cidades ? A resposta é negativa. Há problemas tão intensos, senão mais preocupantes, a acometer os habitantes de nossas cidades. Apenas a título de exemplo faço menção às ocupações de áreas de proteção ambientais, ou às invasões de áreas públicas e particulares, com assentamento de enormes contingentes populacionais, em moradias extremamente precárias, sem segurança no que toca à posse, e muito menos ao domínio.

Nada obstante, tem a adequada utilização do solo urbano uma função assaz importante. Nenhum instrumento urbanístico resolverá os problemas da cidade sozinho. Referidos instrumentos, ademais, como o próprio nome já diz, têm um papel acessório na ordenação urbana. Buscam a um fim maior consistente, em apertada síntese, no cumprimento da função social da propriedade urbana, bem como na busca pelo bem-estar dos habitantes. Os instrumentos trazidos pelo parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, inserem-se com perfeição nesse contexto de assegurar o

²³⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e

cumprimento das funções sociais da propriedade urbana. São uma forma de se concretizar o atendimento à função social da propriedade.

Pedimos vênias para trazer à baila a experiência de Maria Etelvina B. Guimaraens relativa à cidade de Porto Alegre. A nobre Jurista aponta para a utilização do instrumento do parcelamento, edificação e utilização compulsórios em áreas dotadas de infra-estrutura e equipamentos, onde se busca induzir o crescimento. Nesse locais estabeleceu-se que os imóveis :

“deveriam ser utilizados com a finalidade não residencial, a fim de gerar empregos e produzir riqueza, bem como de aproximar o trabalho da moradia.²³⁵”

Têm os apontados instrumentos o objetivo não de arrecadação (em especial, no que toca ao IPTU progressivo), mas sim:

“a produção de lotes, o aumento da produção imobiliária para fazer frente à demanda habitacional e, também, atura sobre a geração de empregos²³⁶”.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, 61.

²³⁵ GUIMARAENS, Maria Etelvina B. . Instrumentos de garantia da função social da propriedade urbana: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana. In : OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana : Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 134.

²³⁶ GUIMARAENS, Maria Etelvina B. . Instrumentos de garantia da função social da propriedade urbana: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de

Não há como negar, portanto, que os instrumentos trazidos pelo artigo 182, parágrafo 4º, incisos I e seguintes, da Constituição Federal têm enorme utilidade : aproveitam a infra-estrutura existente para o assentamento da população, garantindo, desta feita, a oferta de equipamentos urbanos, transportes e serviços públicos (nos termos dos incisos I e V, do artigo 2º, da Lei 10.257/2001). Evitando-se, ainda, a utilização inadequada de imóveis, assim como a retenção especulativa de imóvel urbano (nesse sentido, as letras “a” e “e”, do inciso VI, do artigo 2º, da Lei 10.257/2001). Fazendo cumprir, em última instância, a função social da propriedade urbana e o efetivo respeito ao princípio da justa distribuição de ônus e benefícios.

Prossigamos com os aspectos jurídicos dos instrumentos referidos no parágrafo anterior.

O arquétipo das sanções, fornecido pela Constituição Federal, é de necessário respeito pelo legislador infra-constitucional, assim como pelo administrador e pelo julgador, ante solução de eventuais controvérsias.

Temos, aqui, a necessidade de rigoroso respeito ao texto da Lei Maior, como exigência, também, de princípios do direito

sancionador, quais sejam, o da legalidade e da tipicidade. Mormente em se tratando de medidas que terão impacto em direito fundamental do quilate do direito de propriedade. Direito fundamental, e também garantido pela Constituição Federal, nos termos do seu artigo 5º, inciso XXII. Isso porque, através do quanto disposto no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal, temos a “imposição de verdadeira *obrigação de fazer* pelo Poder Público Municipal aos proprietários de imóveis urbanos.²³⁷” Diferentemente das tradicionais imposições de obrigações de não fazer, afetas ao direito administrativo. Imposição essa, nada obstante, com vistas ao atendimento da função social da propriedade urbana, que também recebeu proteção constitucional.

Pois bem, em primeiro lugar, para a válida imposição das obrigações de fazer trazidas pelo texto Constitucional, necessário, antes de mais nada, que a área onde se encontra o imóvel a ser objeto da exigência de adequada utilização esteja incluída em plano diretor. E o texto constitucional ainda foi além, exigindo, também, lei municipal específica. Em respeito, insisto, ao princípio da legalidade.

A exigência de edição de plano diretor para que validamente sejam impostas as obrigações relativas ao inadequado aproveitamento de imóvel urbano, torna necessária a obediência, também, de

Perspectivas para as Cidades Brasileiras. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 135.

²³⁷ BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 91.

princípios afetos ao direito urbanístico, notadamente a participação popular e o planejamento. Princípios que norteiam a edição do plano diretor. E, conseqüentemente, nortearão diplomas dele decorrentes, como é o caso da lei específica que disciplina o instituto do parcelamento e edificação compulsórios. Da mesma forma, em razão do objeto de proteção da norma, qual seja, o adequado aproveitamento de imóveis urbanos, fazendo-os cumprir sua função social, torna-se necessária a intervenção de princípios e valores do direito urbanístico. Não há como se perder de vista, aqui, o fim último das sanções urbanísticas consistente no cumprimento da função social da propriedade urbana e na garantia do bem-estar dos cidadãos, sob pena de negar-se vigência ao contido no artigo 182, *caput*, da Constituição Federal.

Outra questão relevante merece ser tratada aqui. Poderiam os institutos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal ser utilizados para coibir hipóteses distintas daquelas em que o solo urbano é “não edificado, subutilizado ou não utilizado” ? Entendemos que não.

Há dever de observância, insistimos, do quanto disposto na Constituição. Estamos diante de hipótese de incidência dos princípios da tipicidade e da legalidade. Consoante resta expresso no texto Constitucional, as obrigações dos incisos do parágrafo 4º do artigo 182, da Constituição Federal somente cabem a proprietários de solo urbano “não edificado, subutilizado ou não utilizado”. Não caberia, no nosso entendimento, ampliação de tais hipóteses. O objeto das sanções foi traçado, de forma clara, pela Constituição – é ele o imóvel “não edificado, subutilizado ou não utilizado”.

Nesse sentido, aliás, os ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida²³⁸, para quem “tais sanções incidem caso a propriedade urbana não seja aproveitada do modo exigido pelo plano diretor”. Ou seja, caso a propriedade urbana não cumpra a sua função social. Mas não é em relação a todo e qualquer descumprimento : “o descumprimento há de consistir em *não edificação*, subutilização ou *não utilização do solo urbano*.”

Arremata Fernando Dias Menezes de Almeida afirmando que ficam excluídas das sanções previstas nos incisos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, as “áreas que não cumpram sua função social por outras espécies de desatendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade, *v.g.*, descumprimento do zoneamento de uso.²³⁹” No que toca a tais áreas conta o Poder Público com outros instrumentos para restabelecer a legalidade e assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Considero pertinente, na esteira, ainda, dos ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida, esclarecer também acerca do significado das expressões “solo urbano”, “edificação” e “utilização”.

²³⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 61

²³⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 72.

Surgiria, aqui, uma dúvida adicional. As obrigações estabelecidas pela Constituição Federal concernentes ao adequado aproveitamento do solo urbano seriam, ou não, cabíveis quanto ao solo edificado.

Isso porque, conforme entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁴⁰, os elementos que apontariam para o inadequado aproveitamento do solo urbano seriam : i) solo urbano não edificado e subutilizado; ii) solo urbano não edificado e não utilizado.

Em ambas as hipóteses, portanto, somente seria possível a imposição das sanções do artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal no que tange a terrenos não edificados. Ou seja, sem qualquer construção. Teríamos, assim, interpretação gramatical do texto constitucional. E estaríamos diante de visão restrita do solo urbano como sendo limitado à terra nua, sem qualquer construção.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, a correta leitura do texto Constitucional se traduziria no reconhecimento de três elementos que indicariam o inadequado aproveitamento do solo urbano, quais sejam : a) solo urbano não edificado; b) solo urbano subutilizado; c) solo urbano não utilizado. Nesses termos, as sanções trazidas pelos incisos do

²⁴⁰ A posição do Ilustre Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos foi trazida pelo professor Fernando Dias Menezes (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR,

parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, “não se aplicam apenas a terrenos não edificados, mas também a terrenos com edificação abaixo do coeficiente de aproveitamento mínimo estabelecido na legislação de cada Município.²⁴¹”

Parte Fernando Dias Menezes de Almeida de uma definição dos termos “utilização” e “edificação” correlata com os conceitos de índice de utilização (coeficiente de aproveitamento) e índice de ocupação (taxa de ocupação).

Trocando em miúdos, consistiria o coeficiente de aproveitamento na relação entre a área total da construção e área do lote. A seu turno, definida a taxa de ocupação como a superfície do terreno a ser ocupada com construção (ou seja, a relação entre a área ocupada pela projeção horizontal da construção e a área do lote. A qual jamais pode superar o numeral 1).

Assim sendo, podemos extrair do quanto exposto pelo Professor Fernando as definições seguintes:

- a) solo não edificado : não ocupado por nenhuma edificação;
- b) solo subutilizado : “edificado, mas abaixo do coeficiente de aproveitamento (índice de utilização) mínimo definido na legislação”.

Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 67.

²⁴¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 71.

c) solo não utilizado : com aproveitamento igual a zero;

Ante o contexto acima, o solo urbano não mais é visto sob uma ótica restrita. “ A qualificação do solo como *urbano* é função dos planos e normas urbanísticos, que lhe fixam o *destino* urbanístico a que fica vinculado o proprietário. O solo passa a ter qualificação urbana, quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a ‘edificabilidade’ e a ‘vialidade’ (de viário) - que não são, por natureza, qualidades do solo.²⁴²”

E, no sentido do parágrafo anterior, arremata Fernando Dias Menezes de Almeida : “o *solo urbano* não parece que deva ser entendido apenas como o terreno não edificado, mas sim como o terreno com todos os acessórios, todos os *equipamentos urbanos*, que eventualmente a ele se tenham acrescido.²⁴³” Aplicando-se, conforme já apontado acima, as sanções decorrentes do descumprimento da função social da propriedade urbana não apenas a terrenos não edificados, mas a terrenos com edificação abaixo do coeficiente de aproveitamento mínimo. Critério esse adotado pela legislação federal.

²⁴² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 82.

²⁴³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 71.

Carlos Ari Sundfeld²⁴⁴, a quem faz referência Vera Scarpinella Bueno, ainda vai mais longe. Discorre o mencionado autor que :

“nem só os terrenos não edificados podem estar em situação de inadequado aproveitamento. Um edifício não habitado também deixa de cumprir sua função social. Por acaso se exigirá que, para poder expropriá-lo, o Município imponha a ‘edificação compulsória’? Decerto que não. De outro lado, a imposição do ‘parcelamento ou edificação compulsórios’ há de ser coisa diversa da exigência de ‘adequada utilização’; caso contrário não se aplicariam aqueles como penas para quem descumpriu esta. Assim, a exigência de ‘adequada utilização’ é um ato através do qual o Município determina que o próprio titular da coisa a utilize (parcelando, edificando, habitando, alugando, vendendo, etc.).”

Cumprir notar, todavia, de forma abreviada, que, conforme a sistemática adotada pela lei federal, representada pela Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), não se admitiu o parcelamento ou edificação por parte do próprio poder público, em terreno alheio (salvo, ao final, quando da implementação da desapropriação, conforme será abordado mais adiante). Tampouco será possível considerar, mais uma vez à luz da sistemática adotada pelo Estatuto da Cidade, o parcelamento, utilização e edificação compulsórios como sanção, mas sim como obrigação, os quais, ante

²⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo : RT, Coleção Constituição de 1988 – Primeira Leitura, 1990, p.38.

descumprimento, acarretarão na imposição de sanções. Este assunto será retomado com maior profundidade mais adiante.

Nada obstante, mais uma vez reforçada a posição no sentido de que podem ser objeto das obrigações de adequado aproveitamento também os imóveis edificados.

Finalmente, trazida uma derradeira exigência para a instituição das sanções aqui tratadas, qual seja, a necessidade, também, de edição de lei federal para impor as obrigações e sanções do artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Dada a natureza dos bens que se busca proteger com o parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, em especial a função social da propriedade urbana, entendemos que se refere o texto da Lei Maior a norma geral de direito urbanístico. Hoje contamos com referida norma geral, representada pela Lei Federal 10.257/2001, a qual, nas suas Seções II, III e IV (artigos 5º, 6º, 7º e 8º), regulamentou²⁴⁵ “o disposto no parágrafo 4º, do art. 182 da Constituição Federal, preenchendo, ao menos em parte, suas condições de executoriedade²⁴⁶”. Aliás, mais uma exigência imposta pelo princípio da legalidade.

²⁴⁵ Há autores que criticam o uso do termo “regulamentar”, asseverando que haveria impropriedade técnica no uso que foi conferido no texto. Regulamento seria expressão afeta a ato do Chefe do Executivo.

Vale ressaltar, na esteira da doutrina de Vera Scarpinella Bueno, que o “art. 182, parágrafo 4º, já autorizava, antes da edição do Estatuto da Cidade, interpretação segundo a qual o Poder Público Municipal poderia valer-se dos instrumentos lá mencionados (parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo e desapropriação) como *sanção* ao descumprimento da exigência formal feita pelo Poder Público de *adequado aproveitamento* do imóvel.^{247”}. Consideramos, aqui, que se estaria diante de competência suplementar por parte do Município para legislar em matéria de direito urbanístico, exercida com fundamento no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal. Disposições que, todavia, ante a edição de norma geral federal, teriam sua eficácia suspensa, à luz da distribuição de competências traçada pela Constituição, e já abordada acima.

O Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) disciplinou o instituto do parcelamento edificação ou utilização compulsórios em seu artigos 5º e 6º.

O texto do artigo 5º estabelece o quanto segue :

“Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do

²⁴⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 57.

²⁴⁷ BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 89.

solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.”

O inciso I, do parágrafo 1º, do artigo 5º, da Lei Federal 10257/2001 estabeleceu, por sua vez, que se considera subutilizado o imóvel “cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;”

Trouxe a lei, portanto, as obrigações a serem observadas para o proprietário de imóvel urbano, assim como as correlatas sanções ante a hipótese de descumprimento de tais obrigações e, finalmente, aspectos gerais acerca do procedimento a se adotar para exigir-se o adequado aproveitamento dos imóveis.

Como não poderia deixar de ser, em obediência ao texto Constitucional (artigo 184, parágrafo 4º, e seus incisos), repetidas as exigências de edição não só de edição de lei municipal específica, mas de lei do plano diretor, no qual se incluirá a área a ser objeto do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

Aqui também se fazem necessárias algumas considerações.

Em primeiro lugar, verifica-se que o texto constitucional, em seu artigo 182, parágrafo 4º, inciso I, aponta, como “pena” ao inadequado aproveitamento do solo urbano, dentre outras medidas, o “parcelamento ou edificação compulsórios”.

Todavia, o texto da Lei Federal 10.257/2001, em seu artigo 5º, estabelece que : “Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo”.

Seria a exigência de utilização compulsória medida que extrapolaria o quanto permitido pelo texto Constitucional ? Note-se que estamos diante de medidas que vão interferir diretamente em direito fundamental, consistente no direito de propriedade, garantido, dentre outros, pelo artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. Vale ainda lembrar que, em se tratando de atividade sancionadora, de rigor a estrita observância do princípio da tipicidade, consoante já tratado anteriormente.

De fato, em face de mera leitura isolada do artigo 5º, do Estatuto da Cidade, cotejando-o, também de forma isolada, com o inciso I, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, remanesce a impressão de que a utilização compulsória configuraria obrigação não prevista na Constituição Federal. Teria, assim, o legislador federal extrapolado os limites de atuação que lhe foram expressamente autorizados pelo Texto Maior.

Nada obstante, mediante interpretação das normas em seu conjunto, entendemos não haver aqui qualquer inconstitucionalidade.

Evidentemente não se nega a necessária observância do quanto disposto em lei, assim como da tipicidade.

Todavia, o próprio texto constitucional, no parágrafo 4º, do artigo 182, estabeleceu o poder de exigir adequado aproveitamento de imóveis urbanos “não edificadas, subutilizados ou não utilizados” por parte do poder público. A subutilização é, assim, pressuposto à exigência de adequado aproveitamento. Pressuposto estabelecido pelo próprio texto constitucional.

Aliás, no sentido da constitucionalidade do artigo 5º, da Lei 10.257/2001, trazemos à baila, mais uma vez, os ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida²⁴⁸, para quem utilização significaria “construção de acordo com o coeficiente de aproveitamento do terreno.” E edificação, espécie do gênero construção, consistiria em “obra destinada a habitação, trabalho, culto, ensino ou recreação”. Assim sendo, diante das definições fornecidas para as expressões “*edificação* e *utilização*”, esta estaria contida naquela, afastando possível inconstitucionalidade do dispositivo legal, o qual teria sido apenas mais explícito, mais detalhado do que o texto constitucional.”

²⁴⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 73.

Cumpra ainda verificar se, à luz do tratamento dispensado pelo Estatuto da Cidade, consistiria o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios em sanção. Fernando Dias Menezes de Almeida, com quem concordamos, entende que não. “Parcelar, edificar ou utilizar, nesse caso, configuram sim a conduta cujo desatendimento será pressuposto de uma sanção, ou seja, configuram *obrigação*.²⁴⁹”. Ou seja, diante do descumprimento da apontada obrigação, aí sim é que surgem as sanções consistentes, sucessivamente, em imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Entendemos, todavia, que seria possível ao legislador federal conferir natureza jurídica de sanção ao parcelamento, utilização ou edificação compulsórios. Necessitando, contudo, de regime jurídico diverso daquele que lhe foi estabelecido pela Lei 10257/2001. Desde que assumisse o parcelamento, utilização e edificação compulsórios a natureza de pena, ou de punição, em face de descumprimento de obrigações. E, aqui, não se trata de qualquer obrigação. Mas sim da obrigação de adequado aproveitamento de imóvel urbano, com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana. E obrigação fixada de forma clara e determinada em lei municipal específica, lastreada no plano diretor e nas diretrizes gerais fixadas em norma geral federal. Temos, aqui, mais uma

²⁴⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 65.

evidência da incidência de princípios e valores de natureza urbanística na atividade sancionadora. Consoante será tratado mais adiante.

Aqui consideramos pertinente tratar, mais uma vez, acerca dos imóveis que podem ser objeto das sanções relativas ao inadequado aproveitamento. Tanto a Constituição Federal (artigo 182, parágrafo 4º), quanto o Estatuto da Cidade (artigo 5º) dispuseram que referidas sanções somente se aplicam ao solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado.

À luz dos primados da legalidade e da tipicidade, estabelecido, de forma clara, o solo que pode ser objeto de parcelamento, edificação e utilização compulsórios. É ele tão somente, perdoem nossa repetição, o não edificado, subutilizado ou não utilizado. Não caberia, aqui, qualquer ampliação sob pena de violar-se o arquétipo trazido pela Constituição Federal no que toca às sanções cabíveis em face do inadequado aproveitamento do solo urbano.

Seriam incabíveis, portanto, as sanções do artigo 182, parágrafo 4º, e respectivos incisos para finalidades outras que não aquelas previstas no texto Constitucional.

Nesse sentido, os ensinamentos da Professora Vera Scarpinella Bueno para quem não há que se confundir a

obrigação veiculada no artigo 5º, do Estatuto da Cidade, com o desrespeito a posturas municipais outras, tais como desrespeito à lei de zoneamento, ou mesmo à legislação ambiental. Conforme bem aponta a Professora Vera Scarpinella, em que pesem Doutas considerações em sentido contrário²⁵⁰ :

“A obrigação prevista nos arts. 5º e 6º, do Estatuto da Cidade, por sua vez, tem outra razão de ser. Sua origem está na desconformidade do uso da propriedade urbana com o *planejamento urbano* desenhado no plano diretor. Neste caso, seu desatendimento pode levar à desapropriação do bem. Já o descumprimento não diretamente do plano diretor, mas de normas que dele derivam, não pode levar à perda do bem²⁵¹”.

Nesse sentido, também, o entendimento de Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem estão excluídas das sanções previstas no artigo 5º, e seguintes, do Estatuto da Cidade as “áreas que não cumpram sua função social por outras espécies de desatendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade, *v.g.*, descumprimento do zoneamento de uso.²⁵²” . Em primeiro lugar, porque não houve previsão legal, a

²⁵⁰ O Professor Márcio Cammarosano discorda do posicionamento aqui tratado. Para o Ilustre Jurista seria efetivamente possível sujeitar imóveis em desacordo com a legislação às obrigações do artigo 5º, do Estatuto, com fundamento na função social da propriedade.

²⁵¹ BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 100.

²⁵² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 72.

qual seria exigível em se tratando de medidas limitadoras do exercício do direito de propriedade, não cabendo interpretação ampliativa.

Vale ressaltar que no projeto de lei constava, no artigo 5º, da Lei Federal 10.257/2001 um inciso II, o qual dispunha ser considerado como hipótese de imóvel subutilizado aquele “utilizado em desacordo com a legislação urbanística ou ambiental”. E que foi objeto, acertadamente a nosso ver, de veto presidencial. O veto, em apertada síntese entendeu que um imóvel ilegal pode, ou não, estar sendo subutilizado. Ademais, em se tratando de direito fundamental, inadmissível a ampliação legislativa para abarcar solo outro que não aquele não edificado, não utilizado ou subutilizado.

Cabem aqui, também, considerações acerca do destinatário das sanções trazidas pelo artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

O texto constitucional aponta, de forma expressa, para o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado como sendo o sujeito de quem se exigirá o adequado aproveitamento do mencionado solo, sob as penas traçadas nos incisos do já mencionado parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

As normas federais gerais relativas ao parcelamento e edificação compulsório, na esteira do texto constitucional, também referem-se, todas, à figura do proprietário como o sujeito a quem se impõe a obrigação de utilização adequada do solo urbano.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Federal 10.257/2001 dispõe que a notificação para cumprimento da obrigação de adequado aproveitamento do solo urbano será feita junto ao proprietário. Nesse sentido, ainda, o inciso I, do parágrafo 3º, do já mencionado artigo 5º.

Ainda a apontar para o proprietário, vale acrescentar que a notificação mencionada no parágrafo anterior deve ser averbada no cartório de registro de imóveis. Mais um elemento a indicar o proprietário como o sujeito a cumprir com a apontada obrigação.

Por fim, ante a estrutura dos incisos do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, forçoso concluir que as sanções ali previstas somente se aplicam ao proprietário. Segue-se ao parcelamento e edificação compulsórios e ao IPTU progressivo no tempo a sanção de desapropriação, que cabe tão somente contra o detentor do domínio.

Cabe aqui, ainda, derradeira consideração quanto à utilização compulsória de imóvel. Conforme bem aponta Carlos Ari

Sundfeld, a faculdade de impor referida utilização encontraria limites. Afirma o Professor Carlos Ari que :

“Não nos parece aceitável, salvo em casos excepcionais, que o Poder Público indique ao possuidor *exatamente* qual a utilização a ser dada, determinando, por hipótese, que se instale um açougue (...) O meio mais adequado de se impor a utilização é o estabelecimento de zonas de uso, onde haja a previsão de usos (genéricos) possíveis, facultada ao administrado, dentre eles, a escolha daquele que melhor atenda ao seu interesse pessoal²⁵³”

Superadas as questões acima, resta ainda, verificar acerca do procedimento cabível para a imposição das sanções para compelir ao adequado aproveitamento de imóvel urbano, para que o mesmo cumpra com sua função social. Trata-se de questão que assume relevância ante não apenas o princípio da legalidade, mas também do devido processo legal.

Iniciemos pelo texto Constitucional, pedindo vênias, mais uma vez, para trazer à baila o quanto disposto no artigo 182, parágrafo 4º, do Texto Maior. Referido artigo estabelece que as disposições dos seus incisos serão aplicadas “sucessivamente”. Em primeiro lugar, sujeitar-se-á o proprietário ao parcelamento ou edificação compulsórios. Para então, nessa

²⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In : DALLARI, Adílson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenadores). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo : RT, 1987, p. 19.

ordem, caber a imposição de imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo. E, por fim, a desapropriação.

Estabelecida uma ordem para a aplicação das sanções. Ordem essa que foi devidamente respeitada na Lei Federal 10.257/2001. A partir do artigo 5º, do Estatuto da Cidade, estabelecido, em linhas gerais, o procedimento a se adotar para a imposição das sanções decorrentes do inadequado aproveitamento do solo urbano.

O procedimento será aqui tratado, de forma bastante sucinta. E demonstrado, mais uma vez, o necessário respeito à legalidade e ao devido processo legal para a adequada imposição das sanções ora tratadas.

Nos termos do parágrafo 2º, do artigo 5º, da Lei 10.257/2001, o proprietário será notificado pelo Poder Público Municipal para o cumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar compulsoriamente seu imóvel.

A notificação veio regradada pelo parágrafo 3º, do artigo 5º, da Lei 10.257/2001, nestes termos :

“A notificação far-se-á :

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por 3 (três) vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I;”

O texto legal fala, mais uma vez, em notificação ao proprietário. Indicando, de forma restritiva, o destinatário das medidas destinadas ao adequado aproveitamento do solo urbano. Não cabendo, a nosso ver, ampliação, sob pena de inconstitucionalidade. Ainda que possa restringir em demasia o campo de incidência das sanções trazidas pelo Estatuto.

Inviabilizada a notificação pessoal, possível que se proceda mediante publicação de edital para fazer chegar ao conhecimento do proprietário a exigência de cumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar solo urbano com inadequado aproveitamento. Aqui a lei federal trouxe parâmetro mínimo para que se possa buscar a notificação editalícia : há que se diligenciar por pelo menos três vezes para então se proceder à publicação do edital. Não poderá, no nosso entender, a lei Municipal mitigar referida exigência. Dada a natureza das sanções, qual seja, de prevenir determinados comportamentos, há que se valer de todos os meios para buscar a efetiva notificação do proprietário, para que conforme seu comportamento aos mandamentos legais.

E uma vez aperfeiçoada a notificação, passam então a correr os prazos trazidos pelo parágrafo 4º, do artigo 5º, da Lei 10.257/2001, que estabelece o quanto segue :

“Os prazos a que se refere o *caput* não poderão ser inferiores a :

I – 1 (um) ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II – 2 (dois) anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento;”

A lei federal traçou prazos mínimos para o cumprimento de etapas das obrigações de edificar, parcelar ou utilizar solo urbano ao qual não se tenha imprimido adequado aproveitamento. Ou seja, poderá o Município exigir prazos mais dilatados para o cumprimento das etapas traçadas no texto legal. Mas não caberá ao ente Municipal estabelecer prazos mais exíguos para o cumprimento das mencionadas etapas. O que faz surgir, aqui, uma questão relativa à constitucionalidade de tal dispositivo. Seria o dispositivo em apreço, efetivamente, lei geral, campo a que deve se restringir a lei federal em matéria de direito urbanístico ? Haveria aqui violação à autonomia do ente federativo municipal ?

Entendemos que não. Trouxe a lei federal mera moldura, ou diretriz de caráter geral, para fins de aplicação das sanções relativas ao adequado aproveitamento do solo urbano. Estamos diante de verdadeira lei geral federal, e que não escapa à competência da União, nos termos do artigo 24, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido, aliás, o entendimento da Professora Vera Scarpinella Bueno²⁵⁴.

Da mesma forma, traçadas linhas gerais relativas ao procedimento cabível para a aplicação das sanções. A legislação específica não só pode como deve explicitar os prazo e condições relativos ao cumprimento da obrigação do adequado aproveitamento do solo urbano. Conforme comando expresso do artigo 5º, da Lei 10.257/2001. E também em nome do devido processo legal, permitindo-se ao proprietário ter plena ciência da obrigação de pesa contra si, e das situações nas quais será considerado inadimplente e, portanto, sujeito às sanções legais.

Verifica-se de pronto que não houve exaustiva disciplina das possíveis situações de fato em que poderá se encontrar o proprietário. Omisso o texto legal acerca de diversas hipóteses nas quais poderá se encontrar o proprietário, as quais apontam, todas, para a persistência do descumprimento da obrigação de conferir adequado aproveitamento do solo urbano, a que se encontra compelido o proprietário.

²⁵⁴ BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

Apenas a título de exemplo, podemos nos referir às situações seguintes : o proprietário protocola projeto mas não obtém sua devida aprovação, remanescendo inerte ante as exigências do Poder Público; o proprietário inicia as obras mas não as conclui.

Caberá, portanto, à lei municipal específica explicitar prazos e condições para o devido cumprimento da obrigação de adequado aproveitamento do solo urbano. Trazendo o Estatuto apenas linhas gerais acerca do procedimento a ser adotado quando da imposição das sanções traçadas no artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

Uma questão ventilada pela Doutrina refere-se à impossibilidade econômica de cumprimento, por parte do proprietário, da obrigação de utilização, parcelamento ou edificação compulsórios. Como fica essa situação ?

A sanção nada mais é do que um meio, um instrumento para se atingir determinada finalidade. Não é a sanção um fim em si mesma. O fim que se busca com a atividade sancionadora é o cumprimento da função social da propriedade.

Entendemos que o cumprimento da função social da propriedade é princípio que sobrepuja os interesses exclusivos do proprietário. Trata-se de norma de ordem pública. Ainda que verificada a impossibilidade econômica, subsistiria a obrigação de parcelar, edificar e utilizar o imóvel. Obrigação essa que, em tese, não é de impossível consecução. E que grava o imóvel. Restando sempre alternativas outras, inclusive a alienação do imóvel, para buscar o fim consistente no cumprimento da função social. O próprio Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), em seu artigo 46, *caput*, aponta para a possibilidade de se instituir consórcio imobiliário²⁵⁵ para viabilizar financeiramente o aproveitamento do imóvel. Há meios, portanto, que devem ser utilizados para se obter o adequado aproveitamento do solo urbano.

Ainda no sentido de que se trata de sanção que grava o imóvel, dignas de nota as disposições da parte final do parágrafo 2º, do artigo 5º, e do artigo 6º, ambos da Lei 10.257/2001. Exigida a averbação da notificação em cartório de registro de imóveis, para ser promover a necessária publicidade e conhecimento de terceiros quanto às obrigações que pesam sobre o imóvel.

Da mesma forma, eventual transmissão, seja por ato *inter vivos*, ou mesmo *causa mortis*, transferirá as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. São estas de natureza

²⁵⁵ A definição de consórcio imobiliário é veiculada no parágrafo 1º, do artigo 46, da Lei Federal 10.257/2001, o qual dispõe : “Considera-se consórcio imobiliário a forma de viabilização de planos de urbanização ou edificação por meio do qual o proprietário transfere ao Poder Público municipal seu

real, com impacto na esfera da culpabilidade : novo proprietário, inclusive por força de transmissão *causa mortis*, tem que cumprir com referida a obrigação, ainda que imposta em sede de sanção. Tem-se aqui conferido o novo perfil, a efetiva delimitação (e não limitação) do direito de propriedade do solo urbano. A infração é ao cumprimento da função social, sendo o proprietário, atual ou futuro, responsável.

Pois bem. Estabelecido o dever de parcelar, edificar, ou utilizar o imóvel, procede-se nos termos da lei, através de notificação. O que ocorre, contudo, se o proprietário, mesmo após ter sido notificado, persiste no descumprimento da obrigação de parcelar, utilizar, ou utilizar ? Ficará ele sujeito, sucessivamente, à aplicação de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos. E caso ainda persista o inadimplemento, cabe a desapropriação do imóvel. Trataremos dessas duas sanções a seguir.

Desde logo já podemos vislumbrar a incidência de princípios sancionadores e princípios do direito urbanístico no que toca às sanções relativas ao inadequado aproveitamento do solo urbano. Inclusive com situações de tensão entre referidos princípios.

imóvel e, após a realização das obras, recebe, como pagamento, unidades imobiliárias devidamente urbanizadas ou edificadas.”

Inegável e indisponível o respeito à legalidade e à tipicidade. Fornecido, pela própria Constituição, no que toca às sanções aqui tratadas, um rígido arquétipo, a ser respeitado e explicitado por diretrizes gerais fixadas em lei federal (Lei 10.257/2001) e normas municipais (respectivos planos diretores dos entes municipais).

Todavia, a Constituição Federal foi além. Exigiu não apenas a edição de lei para a adequada imposição destas sanções, mas de edição de plano diretor, aprovado por lei municipal. Nesse contexto, o parcelamento, edificação e utilização compulsórios exigem necessário e prévio planejamento, realizado com respeito à participação popular. Não bastam intervenções pontuais. Estas devem ser fruto, sim, de planejamento, o qual contará com a participação dos interessados.

Não só isso. A lei do plano diretor tem como fim último o cumprimento da função social pela propriedade urbana. O fim buscado aqui é especial, e deve nortear a ação de agentes públicos, seja na execução, criação ou aplicação da lei. Fim este que também norteará a aplicação do princípio da proibição do excesso, em especial no que toca à desapropriação, a ser tratada mais adiante.

Mas será que a ausência de dolo ou culpa seria suficiente para evitar que determinada propriedade venha a cumprir com sua função social, enquanto inserta no agrupamento urbano ? Cremos que

não. O direito urbanístico fornece a delimitação da propriedade urbana, com vistas ao cumprimento da função social e ao bem-estar dos seus moradores. Há inegável interesse social presente, que pode até mesmo colidir e sobrepujar a culpabilidade, notadamente em sanções reais. Respeitados os direitos fundamentais, a busca pelo fim constitucional último do cumprimento da função social deve ser objetivo inarredável do agente público.

Referido fim especial, qual seja, o do cumprimento da função social da propriedade, bem como da busca pelo bem-estar têm reflexos, portanto, na esfera da culpabilidade. As sanções relativas ao adequado aproveitamento do solo urbano são de natureza real, gravam o solo. Permitindo-se, inclusive, desapropriação do bem, com aproveitamento do imóvel a ser levado a cabo pelo próprio poder público (artigos 8º, parágrafo 4º e 5º, da Lei 10.257/2001). Fornecem referidos instrumentos a moldura do direito de propriedade urbano, o interesse social sobrepujando o interesse individual. Inerente ao direito de propriedade a obediência à função social. Circunstância que nenhum proprietário pode alegar desconhecer. O desrespeito à função social da propriedade se dá, no mínimo, mediante omissão culposa daquele investido no direito de propriedade.

Com isso não se quer afastar a importância da culpabilidade e, ainda, da ampla possibilidade do proprietário de saber acerca das obrigações que pesam contra si, para que possa ajustar seu comportamento de acordo com lei. Nesse sentido, as prescrições veiculadas pela lei federal, relativas às cautelas quando à notificação e exigência de

inscrição no registro imobiliário. Em prestígio à finalidade preventiva das sanções, permitindo-se ajuste de comportamento, ou sujeição a medidas gravosas. Permitindo-se, ainda, os adequados meios de exercício de defesa, inclusive como corolário da ampla defesa. Sendo a culpabilidade princípio que não pode ser afastado ante a imposição de sanções à pessoa do infrator.

Mesmo no que toca ao princípio da tipicidade, este encontra certa mitigação. Aqui também não descuramos do fato de ser o referido princípio primordial à segurança jurídica. Nada obstante, conforme já apontado anteriormente, a descrição precisa da obrigação de utilização a ser imposta ao proprietário não pode chegar ao ponto de definir usos específicos que devam ser dados ao imóvel. Aproveitando-se mais uma vez de exemplo fornecido por Carlos Ari Sunfeld, não seria possível à lei indicar exatamente qual a utilização a ser dada a determinada propriedade, como por exemplo a instalação de um açougue²⁵⁶. O cumprimento da função social não nulifica o direito de propriedade, também garantido constitucionalmente. A lei certa deve respeito às faculdades inerentes ao direito de propriedade as quais devem ser preservadas.

Princípios do direito sancionador trarão a necessária segurança jurídica à atividade sancionadora do poder público. E princípios do direito urbanístico, em especial o cumprimento da função social da propriedade urbana, nortearão a aplicação dos institutos aqui tratados.

²⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In : DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenadores). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo : RT, 1987, p. 19.

Fornecendo peculiar regime jurídico à atividade sancionadora desenvolvida no seio do direito urbanístico. Prossigamos.

5.2 Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo

Trazidos, assim, critérios aferíveis de forma objetiva para verificar o descumprimento, ou não, da obrigação de parcelamento, utilização ou edificação compulsórios. Uma vez efetuada a válida notificação do proprietário, e escoado o prazo para o cumprimento da obrigação de adequado aproveitamento do solo urbano, aplicável, primeiramente, a sanção do inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal (IPTU progressivo) e, sucessivamente, persistindo o descumprimento por parte do proprietário, a sanção do inciso III, do já mencionado texto de lei (desapropriação sanção).

Portanto, nos deparamos, agora sim, com a primeira sanção estatuída pela Lei Federal 10.257/2001 para aquele que não cumpre com o adequado aproveitamento do solo urbano. Trata-se do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, contemplado pelo artigo 7º, do mencionado diploma legal, que estabelece o quanto segue :

“Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do *caput* do artigo 5º desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no parágrafo 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de 5 (cinco) anos consecutivos.”

Estamos, aqui, diante de imposto utilizado para fins urbanísticos. E, consoante trataremos mais adiante, impregnado de princípios e valores do direito urbanístico.

A válida imposição do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, que doravante pedimos vênias para tratar tão somente de IPTU, encontra regras bastante claras, seja na Constituição Federal, seja no Estatuto da Cidade.

Somente se admite a cobrança do IPTU progressivo em face de descumprimento do adequado aproveitamento do solo. Nesse sentido, o texto do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal que estabelece a cobrança do IPTU progressivo como pena a ser aplicada, em sucessão ao parcelamento e edificação compulsórios.

Da mesma forma, o Estatuto da Cidade regrou o instituto do IPTU progressivo em seu artigo 7º, já transcrito acima.

Portanto, em que pese ser o IPTU progressivo sanção a ser aplicada em face do inadequado aproveitamento do solo urbano, trouxe a legislação federal peculiar disciplina da matéria.

Mais uma vez nos valem dos ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida o qual, referindo-se à sanção que caracteriza o IPTU progressivo, aponta :

“A sanção incide, por exemplo, se não for protocolado o projeto no prazo do art. 5º, parágrafo 4º, I; ou se não for iniciada a obra no prazo do art. 5º, parágrafo 4º, II; ou se não forem cumpridas as etapas previstas no art. 5º, parágrafo 5º.²⁵⁷” (94)

Desnecessário o cumprimento da obrigação mais geral, qual seja, o parcelamento, edificação ou utilização a que estaria compelido o proprietário. Basta que se aperfeiçoe o descumprimento dos prazos traçados no parágrafo 4º, do artigo 5º, da Lei Federal 10257/2001, ou lei municipal específica, editada em respeito, todavia, às diretrizes do apontado artigo. Ou, ainda, que não sejam respeitadas as etapas relativas a empreendimentos de grande porte, figura esta traçada pelo parágrafo 5º, do artigo 5º, da Lei Federal 10.257/2001.

²⁵⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 94.

Note-se que o Estatuto trouxe apenas normas gerais acerca dos prazos para a implementação da obrigação de adequado aproveitamento do solo urbano. Devendo a lei municipal específica explicitar prazos e condições, consoante dispõe o artigo 5º, *caput*, do Estatuto da Cidade.

Uma vez verificado o inadimplemento por parte do proprietário, abre-se a possibilidade de utilização do IPTU progressivo no tempo como “*sanção pelo descumprimento da obrigação prevista no artigo anterior desta Lei, qual seja parcelamento, edificação ou não utilização do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado*”²⁵⁸.

Temos, portanto, o IPTU progressivo no tempo não apenas como instrumento tributário e financeiro da política urbana, conforme preconiza o artigo 4º, inciso IV, letra “a”, do Estatuto da Cidade, mas também como instrumento extrafiscal, com natureza de sanção, e com vistas a preservar valores urbanísticos. Vejamos.

O IPTU progressivo no tempo vem previsto no inciso II, do parágrafo 4º, do artigo 182, como pena ao proprietário que não confere adequado aproveitamento do solo urbano.

²⁵⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 82.

Conforme já mencionado, trata-se de medida a ser implementada, nos termos do comando constitucional, sucessivamente ao parcelamento e edificação compulsórios.

Tal qual já asseverado acerca do parcelamento e edificação compulsórios, exige-se, para a utilização do IPTU progressivo no tempo a edição de lei federal, assim como de plano diretor, e de lei municipal específica lastreada no mencionado plano diretor. Devendo o apontado imposto ter por objeto o imóvel “não edificado, subutilizado ou não utilizado”. Tendo a presente norma como destinatário tão somente o proprietário do solo. Peço vênias para remeter o leitor às considerações já elaboradas anteriormente.

Nada obstante, mais uma vez reafirmado, como não poderia deixar de ser, mormente em se tratando de instrumento tributário, o princípio da legalidade a nortear a aplicação do IPTU progressivo. Temperados pela presença de valores e princípios de direito urbanístico, tais como a busca pelo adequado aproveitamento do solo urbano, em vistas ao atendimento da função social da propriedade urbana, a gestão democrática e o planejamento.

Importante traçarmos algumas considerações adicionais acerca do instituto do IPTU, e do IPTU progressivo no tempo.

O IPTU é imposto que incide sobre a propriedade. Seu arquétipo básico encontra-se traçado pelo artigo 156, inciso I, da Constituição federal. Assim como pelo artigo 32, e seguintes, do Código Tributário Nacional (Lei Federal 5.172, de 25.10.1966²⁵⁹). Trata-se de tributo que tem como fato gerador, em princípio, a propriedade predial e territorial urbana, assim como o domínio útil e a posse. E que tem como base de cálculo o valor venal do imóvel.

²⁵⁹ Dispõe o Código Tributário Nacional dispõe o quanto segue, no que toca ao IPTU :

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

- I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;
- II - abastecimento de água;
- III - sistema de esgotos sanitários;
- IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;
- V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel.

Parágrafo único. Na determinação da base de cálculo, não se considera o valor dos bens móveis mantidos, em caráter permanente ou temporário, no imóvel, para efeito de sua utilização, exploração, aformoseamento ou comodidade.

Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Conforme já visto anteriormente, o IPTU progressivo é instrumento aplicável ante o descumprimento das condições e prazos trazidos pelo artigo 5º, caput, do Estatuto da Cidade. Diante do descumprimento, cabe a majoração da alíquota do imposto pelo prazo consecutivo de cinco anos, na forma descrita pelo parágrafo 1º, do artigo 7º, da Lei 10.257/2001 :

“O valor da alíquota a ser aplicada a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o *caput* do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (quinze por cento);”

Pois bem, persistindo, por parte do proprietário, o descumprimento da obrigação de edificação, utilização e parcelamento compulsórios, cabe a majoração da alíquota do IPTU.

Referida majoração ocorrerá pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos. Não poderá a alíquota aumentar mais do que duas vezes, de um ano para o outro. E, ao final, somente poderá a alíquota atingir o patamar de 15% (quinze por cento).

E não só isso. Mesmo assim, caso ainda persista o descumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, manter-se-á a cobrança do IPTU pela alíquota máxima. Até que seja a

obrigação cumprida, ou que se proceda à desapropriação do imóvel. Nesse sentido, o disposto no parágrafo 2º, do artigo 7º, da Lei Federal 10.257/2001 :

“Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em 5 (cinco) anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8º.”

O uso do IPTU para fins outros que não precipuamente arrecadatários demonstram sua natureza extrafiscal. O que se busca aqui com o IPTU progressivo, conforme resta evidente pelo texto legal, é o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar solo urbano.

Caracteriza-se a extrafiscalidade, conforme bem aponta Geraldo Ataliba, para o “uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não-arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou inibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados²⁶⁰”.

No contexto do artigo 182, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal, o IPTU progressivo reveste-se de natureza de sanção. Sua majoração progressiva se presta a induzir o proprietário que descumpra com a obrigação de promover o adequado aproveitamento do solo urbano a parcelar, edificar ou utilizar suas terras nos termos da lei. E, da

mesma forma, a inibir aqueles proprietários que porventura se vejam compelidos à edificação ou parcelamento compulsórios a descumprir com sua obrigação. Mediante medidas gravosas.

E, a nosso ver, é o IPTU progressivo uma sanção de natureza urbanística, seja à luz de seu objeto (o solo urbano sem adequado aproveitamento), bem como de seu fim (atender à função social da propriedade urbana mediante parcelamento, edificação e utilização compulsórios) e, em especial, em face de ter sido instituída através de normas de direito urbanístico, sofrendo incidência do regime jurídico relativo a tal ramo do direito, impregnado por princípios de direito urbanístico. Temos aqui, nos dizeres do Professor Fernando Dias Menezes de Almeida²⁶¹ a extrafiscalidade emoldurada pelo princípio da função social da propriedade.

Assim sendo, o princípio da capacidade contributiva, consagrado pelo artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal, segundo o qual, sempre que possível, os impostos “serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte” cede passo ante presença de interesse público homenageado também pela Lei Maior, qual seja, o cumprimento da função social da propriedade urbana. O que não significa, todavia, que reste o referido princípio aniquilado, sendo inadmissível o uso de tributos com a natureza de confisco, conforme veremos mais adiante.

²⁶⁰ ATALIBA, Geraldo. IPTU e progressividade. RDP 92/233-238, São Paulo : RT.

Ressalte-se que a progressividade do IPTU trazida pelo artigo 182, parágrafo 4º, da Constituição Federal não é a única modalidade de imposto progressivo existente no ordenamento.

O artigo 145, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece a “progressividade fiscal, destinada a modular a carga tributária de acordo com a possibilidade econômica do contribuinte.”²⁶²

Disponha, ainda, o parágrafo 1º, do artigo 156, da Constituição Federal, que o IPTU poderia ser progressivo para assegurar o cumprimento da função social da propriedade. E, à luz da redação dada ao mencionado artigo por força da Emenda Constitucional 29/2000, admitida a progressividade em razão do valor do imóvel, bem como em face da localização e uso do imóvel.

A progressividade do imposto trata-se de instrumento com previsão constitucional, inclusive para fins outros que não o adequado aproveitamento do solo urbano.

Uma questão bastante ventilada na Doutrina refere-se a eventual natureza de confisco de que se revestiria a cobrança do IPTU em sua alíquota máxima, por período de tempo indefinido. Haveria, aqui, confisco,

²⁶¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004.

²⁶² COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 105.

medida vedada expressamente pela Constituição Federal, em seu artigo 150, IV.

A Constituição Federal traz previsão expressa da possibilidade de confisco, essencialmente, em dois de seus dispositivos, quais sejam : no artigo 5º, incisos XLV e XLVI, letra “b” (perda de bens decorrente de imposição de pena criminal) e artigo 243, em seu *caput* e parágrafo único (que estabelece acerca da expropriação de glebas, assim como de todo bem de valor econômico que guardem liame com o tráfico ilícito de entorpecentes).

Seria, assim, inconciliável a exigência de IPTU progressivo, em sua alíquota máxima, com as disposições relativas ao confisco, desenhadas no texto constitucional, e aplicáveis apenas aos casos expressos no texto da Lei Maior ? Vejamos.

Regina Helena Costa entende que, seja em face do valor da alíquota máxima fixado no Estatuto, seja, ainda, ante eventual manutenção da exigência fiscal para período que supere os cinco anos, haveria uso de tributo para fins de confisco, prática essa vedada pela Constituição.

Da mesma forma, Regina Helena Costa tampouco admite a manutenção de alíquota em seu teto por período que supere os cinco anos. Nesses termos, sustenta a autora :

“não poder o Município vir a tomar a propriedade urbana por via do IPTU progressivo no tempo, eternizando a adoção dessa técnica, como parece autorizar o Estatuto da Cidade.²⁶³”

Aliás, tanto não seria admissível a manutenção da alíquota em seu patamar máximo por período superior a 5 anos que, após referido prazo, não teria o ente Municipal outra alternativa a não ser promover a desapropriação, nos termos do artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, leciona Regina Helena Costa que :

“a dicção legal parece deixar transparecer que se trata de uma competência discricionária, cabendo ao Poder Executivo avaliar a conveniência e a oportunidade de se efetivar tal desapropriação. No entanto, se assim se entender, ensejar-se-á ao Município adotar indefinidamente o IPTU progressivo, incorrendo na inconstitucionalidade apontada.²⁶⁴”

Portanto, conforme o entendimento de Regina Helena Costa, ou o Município desapropria, ou abandona a aplicação do IPTU progressivo.

²⁶³ COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p.112.

²⁶⁴ COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 113.

A seu turno, em sentido diverso, temos os ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida. Inicialmente, argumenta o mencionado autor que a :

“Constituição veda a utilização de tributo com efeito de confisco (art. 150, IV). Porém, não oferece parâmetros objetivos do que seja considerado efeito de confisco.²⁶⁵”

Todavia, no que toca ao IPTU progressivo tratado pelo artigo 182, parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Federal, espousa Fernando Dias Menezes de Almeida o entendimento seguinte :

“esse caso específico de tributo via IPTU tem, por força de norma constitucional, caráter de sanção, possuindo nítida função *extrafiscal*. Assim, o IPTU como sanção é ‘instrumento de intervenção e regulamentação de atividades’, afastando-se do objetivo meramente arrecadatório.²⁶⁶”

²⁶⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 90.

²⁶⁶ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p. 90 e 91

Portanto, uma vez que revestido da natureza de sanção, lhe seria inerente a retirada de parcela do patrimônio do administrado. Não só admissível, mas inerente ao instituto a exigência de alíquota elevada. Tratando-se, ademais, de fins extrafiscais resultantes de disposição constitucional.

Inegável que alíquota máxima muito elevada do IPTU terá evidente natureza de confisco.

Todavia, tampouco pode a alíquota se situar em patamar por demais reduzido, sob pena de frustrar sua finalidade, qual seja, compelir ao cumprimento de obrigação de fazer.

Não vislumbramos, nesse contexto, natureza de confisco no que concerne à fixação da alíquota em patamar de 15 %. Mais uma vez há que se ressaltar : o IPTU progressivo tem natureza de sanção e, por conseguinte, instrumental. Presta-se a atingir, mediatemente, um fim determinado, qual seja, o cumprimento da função social da propriedade pelo proprietário. Deve ter força suficiente para compelir o proprietário ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

Nada obstante, e nos termos do parágrafo anterior, concordamos que a manutenção da alíquota em seu patamar máximo, por período indeterminado de tempo, mostra-se medida descabida. Jamais se

pode perder de vista que toda atividade urbanística tem como fim o cumprimento da função social da propriedade. A persistência do descumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar o imóvel traz prejuízos à ordem urbanística. Tem o Poder Público Municipal o dever de ordenar as plenas funções sociais da propriedade urbana. Conforme comando constitucional expresso, trazido pelo artigo 182.

Insistir indefinidamente na cobrança do IPTU majorado, sem que se cumpra com a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar é meio inidôneo à consecução dos fins do direito urbanístico. Faleceria, aqui, o Poder Público de liberdade de agir. Forçosamente deveria lançar mão de meios eficazes à consecução dos fins a que se encontra acometido o desenvolvimento urbano : o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes. Consistindo o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar e utilizar numa concretização do cumprimento da função social da propriedade urbana.

Nesse diapasão, filiamo-nos ao entendimento da obrigatoriedade da desapropriação do imóvel, uma vez transcorridos os cinco anos da cobrança do IPTU progressivo. Voltaremos a este assunto mais adiante.

Restam, ainda, derradeiras considerações relativas ao IPTU progressivo.

Em primeiro lugar, vale acrescentar que, caso cumprida a obrigação pelo proprietário (uma vez cumpridas as etapas previstas em lei, como, por exemplo, mediante protocolo de projeto no órgão municipal competente), deve cessar a cobrança do IPTU majorado. Ausente estaria o pressuposto de fato autorizador da cobrança do IPTU com alíquota aumentada, o qual, aliás, deveria retornar à alíquota originária, sem qualquer aumento. Não mais se estaria diante do fato tipificado pela norma como apto à imposição de sanção. Tendo, aqui, evidente incidência do princípio da tipicidade. Em se tratando de atividade sancionadora, rege-se também por princípios afetos à apontada atividade.

Conforme já tratado acima, deve o cumprimento da função social consistir em fim último do agente público e também do particular. Mesmo que não incorra o proprietário em dolo ou culpa, referida obrigação há de ser imposta. Situação diversa, todavia, ocorre, diante de descumprimento das etapas impostas ao adequado aproveitamento do solo urbano por motivos que escapam ao proprietário. Como, por exemplo, eventual demora injustificada na apreciação de pedidos junto ao poder público. O descumprimento, aqui, recai sobre o poder público. Os obstáculos ao cumprimento da função social da propriedade não de ser removidos em sua origem, e não mediante punição do proprietário. Mais uma vez ressaltamos : não se quer, aqui, punir o proprietário, arrecadar mais impostos, ou mesmo promover a desapropriação. A busca, sim, é pelo inarredável cumprimento da função social da propriedade urbana. A injustificada morosidade de agente

público é medida extremamente gravosa ao particular. Deixa este de colocar em funcionamento atividade muitas vezes comercial, deixando de ter rendimentos por períodos por vezes excessivamente e injustificadamente dilatados. Não se trata referido proceder de medida menos gravosa ao particular. E tampouco se trata de medida realizada na proporção adequada. Há violação ao princípio da proibição de excesso e, ainda, conforme o caso concreto, da livre iniciativa.

Portanto, indisponível a busca pelo cumprimento da função social. Persistindo o descumprimento por parte do proprietário no que toca ao adequado aproveitamento do solo urbano, não resta outra alternativa a não ser instituir a cobrança do IPTU progressivo. Não haveria aqui qualquer discricionariedade do agente público.

Por fim, vamos discorrer brevemente sobre o quanto disposto no parágrafo 3º, do artigo 7º, da Lei Federal 10.257/2001. Referido artigo de lei dispõe :

“É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo.”

Mais uma vez valendo-nos dos ensinamentos de Fernando Dias Menezes de Almeida, anotamos o quanto segue :

“Isenção e anistia são as modalidades de exclusão do crédito tributário, previstas no art. 175 do Código Tributário Nacional. Ambas decorrem de lei : a primeira visando fatos futuros (fatos que correspondem à descrição da hipótese de incidência da norma tributária), excluindo-os da incidência do(s) tributo(s) a que se referir; a segunda configurando perdão de infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária.²⁶⁷”

A presente vedação encontra justificativa na natureza do instituto do IPTU progressivo, qual seja, de sanção. Perder-se-ia seu sentido de coibir determinados comportamentos caso admitido o uso das anistias e isenções. O fim aqui é imposto constitucionalmente, qual seja, o cumprimento da função social. Anistias e isenções violariam o referido comando constitucional. A edição de leis sem qualquer compromisso com a política urbana tornaria letra morta o comando constitucional. Estamos aqui diante de uso de tributo como sanção, para compelir ao adequado aproveitamento do solo urbano. Com claros fins teleológicos (adequada utilização; e não a arrecadação) e axiológicos (função social e bem-estar).

Tal qual já asseverado acima, aqui também devidamente preservados os princípios do direito sancionador consistentes na legalidade e na tipicidade. Mormente em se tratando de instrumento de natureza também fiscal.

²⁶⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e

Nada obstante, não é qualquer lei que pode instituir o IPTU progressivo no tempo. Exige-se, sim, a edição de plano diretor, aprovado por lei municipal, o qual traz, ínsitas, as exigências de planejamento e participação popular. E que tem como fim último definir o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Esse “especial fim de agir” consistente na busca pelo cumprimento da função social tem reflexos claros no instituto do IPTU progressivo. Consoante já apontado anteriormente, é esse especial fim de agir que tornará a imposição do imposto progressivo no tempo um dever, e não uma faculdade. Que fará com que a desapropriação seja medida de rigor, e não uma opção do agente público. Que admitirá a imposição de alíquotas majoradas ao longo do tempo. É o cumprimento da função social que, como fim especial, exige releitura do princípio da proibição do excesso.

5.3. Desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública

Analisaremos agora a derradeira consequência a que se sujeitará o proprietário ante a persistência em

descumprir com a obrigação de dar adequado aproveitamento ao solo urbano, qual seja, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

Referida figura tem previsão constitucional, nos termos do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

Portanto, conforme já apontado, caso não atendida a notificação para proceder ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e uma vez passados cinco anos de aplicação do instrumento do IPTU progressivo no tempo, caberá então proceder-se à desapropriação do imóvel.

Aqui também, à semelhança dos institutos do parcelamento, edificação e utilização compulsórios, assim como do IPTU progressivo no tempo, para a válida utilização do instrumento da desapropriação, é exigida edição de lei federal, assim como de plano diretor, aprovado por lei municipal. Recaindo a desapropriação em imóvel “não edificado, subutilizado ou não utilizado”. Tendo a presente norma como destinatário tão somente o proprietário do solo. E como finalidade o cumprimento da função social da propriedade urbana.

Trata-se, mais uma vez, de sanção. Ou seja, consiste em consequência gravosa que se impõe ao proprietário de solo

urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que não cumpre com a obrigação de dar adequado aproveitamento de seu imóvel. É pena decorrente de descumprimento de uma obrigação estatuída em lei.

E não só isso. Tem também natureza de sanção urbanística, conforme discorreremos em seguida. Tem por objeto não qualquer imóvel, mas tão somente imóvel urbano integrante de área incluída no plano diretor e que se encontra não edificado, subutilizado ou não utilizado. Trata-se de medida que busca, por conseqüência, o cumprimento da função social da propriedade urbana. Medida, ademais, realizada com necessário respaldo em plano diretor, elaborado segundo as diretrizes gerais de direito urbanístico. Contaminada, assim, a atividade sancionadora por princípios, fins e valores do direito urbanístico, tal qual imposto pelo ordenamento.

Antes de prosseguirmos, entendemos conveniente lançar breves considerações acerca do instituto da desapropriação. Para então nos debruçarmos, de forma mais demorada, na desapropriação traçada pelo inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

A desapropriação é forma de extinção do direito de propriedade (consoante o inciso V, do artigo 1275, do Código Civil). E em sendo este um direito garantido constitucionalmente, nos termos do artigo 5º, inciso XXII, tem a desapropriação fundamento também constitucional, em

especial nos incisos XXIII e XXIV, do já mencionado artigo 5º, da Constituição Federal.

Trata o inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social.

Ao lado da desapropriação traçada no inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal temos ainda duas outras formas de desapropriação : a desapropriação tratada pelo artigo 184, da Constituição Federal (desapropriação para fins de reforma agrária) e, em especial, a desapropriação de que dispõe o inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

Nos interessa, aqui, a desapropriação trazida pelo artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal. E, em especial, a desapropriação do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, a qual, doravante, denominaremos de desapropriação-sanção, ou desapropriação com pagamento em títulos.

A desapropriação tradicional tem como requisitos constitucionais a necessidade ou utilidade pública, ou, ainda, o interesse social.

Cada um desses requisitos recebeu regramento legal distinto.

Digno de nota que, nos termos do artigo 22, inciso II, é competência privativa da União legislar sobre desapropriação. Cabendo aos demais entes declarar e promover a desapropriação “sem expedir qualquer norma de natureza substantiva ou adjetiva sobre o instituto, os casos de expropriação ou o processo expropriatório²⁶⁸”.

Prosseguindo-se com a explanação, restou disciplinada a desapropriação por necessidade ou utilidade pública pelo Decreto lei 3.365, de 21 de junho de 1941.

Entende-se, nos termos do magistério do Professor Hely Lopes Meirelles²⁶⁹, que consiste necessidade pública em “situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiro para seu domínio e uso imediato.” A seu turno, por utilidade pública, consideram-se as situações em que referida transferência é conveniente, mas não imprescindível.

²⁶⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 185

²⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 185

Conforme já apontado, tanto as situações de utilidade pública quanto de necessidade pública se encontram disciplinadas no Decreto lei 3365/1941 o qual, em seu artigo 5º, trouxe as hipóteses em que se vislumbra utilidade pública e, conseqüentemente, resta autorizada a desapropriação :

“Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- ~~i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de~~

~~terrenos edificados ou não para sua melhor utilização econômica,
higiênica ou estética;~~

~~i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros
públicos; a execução de planos de urbanização; o loteamento de
terreno, edificados ou não, para sua melhor utilização econômica,
higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais.
(Redação dada pela Lei nº 6.602, de 1978)~~

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros
públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo,
com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica
ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação
dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e
artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem
como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos
mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e
locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos,
documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos
e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais.”

A lei trouxe formulação taxativa, valendo-se, todavia, de conceitos dotados de grande grau de abstração e generalidade.

A desapropriação por interesse social vem tratada, por sua vez, na Lei Federal 4.132, de 10 de setembro de 1962. Consiste o interesse social, consoante, mais uma vez, o magistério de Hely Lopes Meirelles, em “circunstâncias impõem a distribuição ou condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do Poder Público”. Aqui a desapropriação é instituída não em prol de atividades da Administração, mas se destina à coletividade. Dispõe o artigo 2º, da Lei 4.132/62 o quanto segue :

“Art. 2º Considera-se de interesse social:

I - o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e

consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II - a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III - o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV - a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V - a construção de casa populares;

VI - as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII - a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII - a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. (Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77)”

Trouxe a Constituição Federal, e legislação por ela recepcionada, as hipóteses estritas nas quais se admite a desapropriação, seja por utilidade pública, seja por interesse social. São fins em relação aos quais não pode se afastar aquele que promove a desapropriação, sob pena de incorrer em desvio de finalidade. Nesse sentido, pedimos vênia para, novamente, trazer à colação os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles :

“A finalidade pública, consubstanciada na necessidade ou utilidade do bem para fins administrativos, ou no interesse social da propriedade para ser explorada ou utilizada em prol da comunidade, é o fundamento legitimador da desapropriação. Não pode haver expropriação por interesse privado de pessoa física ou entidade particular, sem utilidade pública ou interesse social.”²⁷⁰

A desapropriação por utilidade pública e por interesse social se desvela em duas fases distintas.

Temos, numa primeira fase, a declaração expropriatória, levada adiante mediante lei ou decreto, os quais devem apontar o bem que será desapropriado, o destino a ser dado ao mesmo e o dispositivo

²⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 200.

legal no qual se alicerça a pretensão expropriatória. Pode atingir qualquer bem, material ou imaterial, particular ou público.

Todavia, após a declaração, passa-se então à efetivação da transferência do domínio ao expropriante. Conforme bem aponta Hely Lopes Meirelles :

“Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma (...) é apenas o ato-condição que precede à efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante. Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para depósito. Até então, a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a utilização normal do bem ou a sua disponibilidade”²⁷¹.

A declaração expropriatória pode emanar de qualquer um dos entes federativos. E uma vez decretado o interesse social ou utilidade pública, possível, também, a autarquias, entidades paraestatais e concessionários promover a desapropriação, desde que autorizados em contrato ou lei.

O processo expropriatório pode se dar pela via administrativa, ante possibilidade de acordo, ou então através de processo judicial.

As hipóteses do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal exigem indenização justa, prévia e em dinheiro. Integrando a justa indenização o valor real e atual, assim como danos emergentes, lucros cessantes, juros compensatórios desde a data da ocupação e juros moratórios. Indenizadas as benfeitorias necessárias, mesmo se realizadas após a desapropriação. E até mesmo as benfeitorias clandestinas, erigidas em terrenos públicos ou de terceiros.

O assunto relativo às desapropriações é muito rico. Todavia, consideramos prudente, neste ponto, passar a tratar da figura da desapropriação prevista no inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, instrumento que se reveste de inúmeras peculiaridades em relação à desapropriação por utilidade pública ou interesse social, com as quais não se confunde, conforme bem aponta Hely Lopes Meirelles :

²⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 190

“Tal desapropriação difere das desapropriações comuns na medida em que o imóvel não se destina a determinada obra ou empreendimento destinado a suprir uma utilidade ou necessidade pública²⁷²” .

Prossegue Hely Lopes Meirelles asseverando que :

“aplica-se apenas a imóveis urbanos, para que o Município possa lhes conferir uma utilidade urbanisticamente útil ou desejável²⁷³” .

O fim aqui perseguido é diverso daquele que se busca na desapropriação do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal. Ainda que possível vislumbrar interesse social ou mesmo utilidade pública nas intervenções urbanísticas.

Arremata, ainda, Hely Lopes Meirelles asseverando que se constitui a desapropriação tratada no inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal :

“em uma sanção, na medida em que se trata de reação do Poder Público contra o proprietário recalcitrante em não cumprir a lei. Mas, além disso,

²⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 204.

²⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 204.

também pode ser considerada uma sanção a forma de pagamento da indenização, que não será nem prévia nem em dinheiro, mas em títulos da dívida pública, resgatáveis em dez anos.²⁷⁴”

De fato, a desapropriação do artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal veio disciplinada sob a forma de sanção. Ou seja, como consequência ao descumprimento de uma obrigação. Submetendo-se assim ao regime jurídico das sanções.

Não há, portanto, em que pese respeitável opinião em sentido contrário, necessidade de se proceder mediante declaração de utilidade pública ou interesse social. O pressuposto de fato autorizador da expropriação, consoante comando constitucional, é o descumprimento da obrigação de adequada utilização do solo urbano. Tem como finalidade última o cumprimento da função social da propriedade. E dever de observância dos ditames do plano diretor, e, por consequência, das diretrizes de direito urbanístico traçadas pela Lei 10.257/2001.

Passaremos, agora, a tratar da disciplina da desapropriação-sanção trazida pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001), com o fito de analisar seu regime jurídico, e, em especial, a incidência de princípios de direito sancionador, assim como de direito urbanístico.

²⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo,

O instituto da desapropriação veio disciplinado pela Lei Federal 10.257/2001 nos termos seguintes :

“Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

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

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

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.”

Conforme já tratado anteriormente, trata-se a desapropriação de sanção mais gravosa ao proprietário que não apenas desatende à notificação para dar adequado cumprimento à função social de seu imóvel, mas que também já foi submetido à alíquota progressiva de IPTU pelo prazo de 5 anos, mantendo-se inadimplente.

Consiste a desapropriação em instrumento que só pode ser aplicado quando esgotadas as fases anteriores, quais sejam, de notificação para edificação, parcelamento e utilização compulsórios e do IPTU progressivo. Assim restou estabelecido na Constituição Federal, em seu artigo 182, parágrafo 4º, que exige sejam as sanções previstas em seus incisos impostas “sucessivamente”. Trouxe a Lei Maior tipo rígido, que deve ser observado pela atividade sancionadora. Em respeito ao princípio da tipicidade. E, também, da legalidade.

Surge, neste ponto, uma primeira indagação.

Quem é que pode se valer da desapropriação-sanção ?

Diferentemente do que ocorre com a desapropriação do inciso XXIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, apenas o ente Municipal pode lançar mão da desapropriação do artigo 182, parágrafo 4º, inciso III, da Lei Maior. É o ente Municipal o responsável pela execução da política de desenvolvimento urbano. Cabendo-lhe, ainda, a edição de plano diretor e, também, a utilização dos instrumentos que conduzam ao adequado aproveitamento do solo urbano. Nesse sentido é, aliás, expresso o parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

Surge aqui uma segunda indagação. O Estatuto da Cidade (Lei Federal 10.257/2001) fez uso da expressão “poderá”, ao dispor acerca da desapropriação, no *caput* do artigo 8º. Estar-se-ia diante de faculdade do poder público municipal no que toca a promover a desapropriação?

Clóvis Beznos entende que a Lei estabeleceu uma faculdade ao Município, em face do uso do termo “poderá”.

Ainda a militar em favor da tese que sustenta a discricionariedade do Município, aponta Clóvis Beznos para a necessidade de prévia autorização do Senado para emissão dos títulos que serão utilizados no pagamento ao expropriado, “o que retira das mãos do Município a decisão plena sobre a efetivação das desapropriações.²⁷⁵”

Deflui da Constituição Federal, em seu artigo 52, IX, a competência privativa do Senado Federal estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos entes federativos.

Inegáveis as dificuldades que poderão surgir no tocante à emissão dos títulos da dívida pública.

Referida questão, com a devida vênia, é afeta às finanças públicas. Há uma série de atividades a que se encontra obrigada a administração pública, as quais dependem igualmente de recursos. Mas que também exigem prestação positiva por parte do poder público. Mencione-se a título de exemplo, a proteção ao meio ambiente, ou mesmo a prestação de serviços de saúde, educação, saneamento básico. Estamos aqui diante de dever de agir por parte do poder público. Em respeito a bens e direitos indisponíveis. Da mesma forma, a atividade de desapropriação, tal qual traçada

²⁷⁵ BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em Nome da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 130.

pelo Estatuto da Cidade, e pela Constituição Federal, se presta a obter do proprietário o cumprimento da função social da propriedade urbana. Trata-se de fim do qual não pode o poder público dispor.

Vamos além.

Em se tratando a desapropriação de sanção, e verificado seu pressuposto de fato, qual seja, o descumprimento da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar, não dispõe o agente público de liberdade de agir. Deve proceder mediante a desapropriação.

Tem o poder público o dever de lançar mão de meios idôneos para atingir os fins estabelecidos na Constituição Federal. É o que ocorre com a busca pelo cumprimento da função social da propriedade urbana. Esgotados os meios para a obtenção do cumprimento, tem o poder público o dever de ir adiante, valendo-se de outros meios de que dispõe. Não restaria, a nosso ver, margem de discricionariedade ao ente Municipal. Deverá o Município diligenciar no sentido de promover a desapropriação, sob pena de se frustrar a consecução do objetivo constitucional de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana.

Outra peculiaridade da desapropriação com pagamento em títulos reside, justamente, na forma através da qual se procede à indenização em face da expropriação.

A Constituição Federal, nos termos do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, dispõe que se promoverá a “desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

O pagamento em títulos da dívida, em se protraindo por largo intervalo de tempo consiste, efetivamente, em medida gravosa ao proprietário. Assume, assim, o caráter de pena a ser imposta ao proprietário que deixou de cumprir a função social da propriedade²⁷⁶.

O cumprimento da função social da propriedade, exigência constitucional, encontrou eco na legislação federal. Não basta compelir o proprietário a cumprir com referida obrigação. Persistindo o inadimplemento, não só cabe a desapropriação, mas persiste o dever, inclusive através do próprio poder público, de promover o adequado aproveitamento do imóvel. Dispõe o parágrafo 4º, do artigo 8, da Lei 10.257/2001 :

²⁷⁶ Para maior aprofundamento no que toca ao valor real, a ser pago a título de indenização, reportamos a : BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em Nome da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 131.

“O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.”

Não há aqui qualquer margem de liberdade no que toca a promover o Município o adequado aproveitamento do solo urbano. Fixado, inclusive, prazo para tal dever. Caso não o faça, no prazo de 5 anos, incorrerá o Prefeito em improbidade administrativa, consoante o exposto comando do inciso II, do artigo 52, da Lei 10.257/2001.

O poder público municipal pode promover o aproveitamento do imóvel de forma direta, ou mediante alienação ou concessão, através de processo licitatório. Nesse sentido, o parágrafo 5º, do artigo 8º, da Lei 10.257/2001. Subsistindo, todavia, as considerações já feitas, no que toca ao dever do poder público de levar adiante referido aproveitamento, sob pena de improbidade administrativa a recair sobre o chefe do Executivo Municipal. Sendo mantidas ao adquirente as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização (conforme disciplinado pelo parágrafo 6º, do artigo 8º, da Lei 10.257/2001).

A lei busca, portanto, não apenas mediante influência no ânimo do proprietário, mas até mesmo mediante intervenção direta, o necessário cumprimento da função social da propriedade. Deu-se um passo além daquele que normalmente se verifica nas sanções. A coerção aqui é inerente à sanção, e não uma fase posterior à imposição da sanção. É, a

nosso ver, conseqüência da incidência do princípio da função social da propriedade. Um fim especial, que direciona as ações dos agentes públicos na seara urbanística. Que traz nova leitura ao princípio da proibição do excesso : o fim consistente no cumprimento da função social autoriza, inclusive, a desapropriação do imóvel. Gravando-se o imóvel, transferindo-se a obrigação inclusive a novos proprietários.

Mas qual seria o rito a ser adotado para se proceder à desapropriação sanção ?

Para Fernando Dias Menezes de Almeida, adotar-se-á o procedimento da desapropriação por utilidade pública, ou por interesse social, conforme a hipótese. Assim dispõe o dito autor :

“Conforme cada caso concreto, a hipótese de desapropriação-sanção deverá ser enquadrada no rol de utilidade pública (cf.art. 5º do Decreto-lei 3365/1941) ou interesse social (cf. art. 2º da Lei 4132/1962), aplicando-se as regras dessas leis subsidiariamente ao disposto no Estatuto da Cidade, sobretudo em matéria processual.²⁷⁷”

Clóvis Beznos²⁷⁸ diverge da posição acima, asseverando que, no tocante à desapropriação do inciso III, do parágrafo 4º, do

²⁷⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004, p.99.

²⁷⁸ BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em Nome da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

artigo 182, da Constituição Federal, inexistente lei especial tratando do procedimento cabível. Tampouco, seria aplicável, aqui, o quanto disposto relativamente à desapropriação por utilidade pública ou interesse social. Restaria, assim, com respaldo no artigo 271, do Código de Processo Civil, a aplicação do procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme o valor da causa.

Concordamos com a posição de Clóvis Beznos, em que pese o imenso saber jurídico de Fernando Dias Menezes de Almeida. Possível, assim, que para a implementação da desapropriação, seja necessária, também, a intervenção judicial. Não mais a intervir de forma ocasional, e posteriormente. Mas na efetiva aplicação da sanção.

Em se tratando da desapropriação sanção, sua implementação independe da declaração de utilidade pública ou interesse social. Sua aplicação tem como pressuposto de fato a não edificação, subutilização ou não utilização de imóvel urbano, a qual persiste mesmo após a cobrança de IPTU progressivo por prazo de 5 anos. Bastantes estas condições para que se imponha, então, a pena consistente da desapropriação. Mais uma peculiaridade destas sanções urbanísticas, exigindo-se intervenção judicial para a imposição das sanções.

Portanto, a desapropriação do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal tem a natureza de sanção. Traduz-se num dever imposto ao Município, falecendo-lhe discricionariedade à

utilização, ou não, do instituto. Isso porque decorre a desapropriação do descumprimento da obrigação de adequado aproveitamento do solo urbano, em vistas ao cumprimento da função social da propriedade urbana.

Tal qual já asseverado por ocasião da análise do parcelamento, edificação e utilização compulsórios, ou, ainda, no tocante ao IPTU progressivo, o respeito à legalidade e à tipicidade é medida de rigor.

Mas presentes, também, peculiaridades trazidas pelo direito urbanístico.

A primeira é a exigência de plano diretor para a imposição da presente desapropriação, que traz consigo a incidência do princípio do planejamento e da participação popular.

Tem, ademais, a desapropriação mediante pagamento em títulos um fim urbanístico, qual seja, o de buscar o efetivo cumprimento da função social da propriedade. Inclusive com o poder público promovendo o adequado aproveitamento do solo urbano, com vistas a concretizar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

5.4 Críticas e considerações derradeiras

Conforme já ressaltamos, nenhuma classificação é imune a críticas. Será que efetivamente as figuras acima consistiriam em sanções ? A aplicação de medida gravosa, de forma reiterada, não vulneraria, em tese, o *non bis in idem* ?

De outra banda, a aplicação de gravame com o fim de obter determinado comportamento não assumiria, em tese, feição de meio cominatório ?

Vamos além.

Como fica a questão da culpabilidade, quando admissível a transferência não apenas das obrigações, mas também das sanções a terceiros adquirentes ?

As considerações acima não são despidas de fundamento.

Nada obstante, reafirmamos o entendimento de que as figuras acima tratadas são, sim, sanções. Sanções, nada obstante, peculiares. Veiculadas na proteção de bens e valores prestigiados pela

legislação urbanística. Impregnados, nesses termos, por princípios de direito urbanístico.

São figuras que se subsumem ao arquétipo das sanções. Onde temos um pressuposto de fato, caracterizador de uma infração. E uma correspondente penalidade.

Não havendo violação ao princípio do *non bis in idem*. A reiteração em omitir-se no cumprimento da função social é que renova o pressuposto de fato considerado como infração. E dá azo à imposição de novas penalidades. Não se está diante de uma mesma penalidade. Mas sim de penalidades diversas, aplicadas diante da persistência do descumprimento da função social da propriedade urbana. Ou seja, de novas infrações. Ainda que instituídas para compelir o administrado a um mesmo fim. E mesmo que aplicadas, em espécie, sanções de idêntica natureza, tal qual ocorre com a majoração do IPTU.

Decerto que as sanções aqui tratadas consistem em meios de compelir o proprietário a cumprir com a função social da propriedade urbana. Mas não consistem em mera medida cominatória.

Embora sanções e medidas cominatórias se prestem, ambas, a compelir o administrado ao cumprimento de determinado

comando legal, as medidas cominatórias se inserem no contexto da exigibilidade de atos administrativos.

Já as sanções não se limitam à dita questão da exigibilidade dos atos administrativos, mas vão além, se prestando à proteção dos mais diversos bens e valores.

Medidas cominatórias que também não se encaixam no arquétipo das sanções, as quais contam com previsão legal de uma infração e correspondente penalidade.

E, muito menos, há que se confundir as sanções veiculadas pelos incisos do parágrafo 4º do artigo 182, com medidas de cunho cominatório embasadas no Código Civil, nos seus artigos 1277 a 1284. Ou, tampouco, no Código de Processo Civil, em seus artigos 275, inciso II, letra “j” e 287. O pedido cominatório assentado nos mencionados dispositivos legais se trata, conforme bem aponta Hely Lopes Meirelles de “meio processual de que o proprietário ou inquilino dispõe para exigir que o vizinho pratique ou deixe de praticar ato ou fato imposto como obrigação de vizinhança, sob pena de incidir na pena cominada.”²⁷⁹

²⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno.. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 375.

O pedido cominatório não é exclusivo do direito de vizinhança, mas também pode ser utilizado pela Administração, o qual “pode ser inferido do inciso III do art. 934, combinado com os incisos I e II do art. 936, que se referem a *embargo de obra e cominação de pena para o caso de inobservância do preceito*²⁸⁰” .

As hipóteses acima ventiladas se inserem na esfera da prestação jurisdicional. As sanções urbanísticas, a seu turno, são de aplicação, de forma imediata, pela própria Administração. A Administração não se vê, assim, compelida a valer-se da prestação jurisdicional para restaurar a legalidade urbanística. Pelo contrário. Tratando de atos de polícia, esclarece Hely Lopes Meirelles que :

“A execução direta dos atos de polícia das construções decorre do poder de autotutela administrativa, sustentado pela melhor doutrina e acolhido pela jurisprudência mais atualizada com os preceitos do Direito Público. Ao particular que se sentir lesado pelas determinações e embargos da Administração é que cabe recorrer ao Judiciário para o acertamento de seus eventuais direitos.²⁸¹”

O mesmo se verifica com as sanções de natureza urbanística. Sendo a autotutela a regra. E a necessidade de se

²⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno.. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 377.

recorrer ao Judiciário a exceção, tal qual ocorre na desapropriação. Valendo a recordação de que o poder de polícia, tal qual já ventilado acima, consiste em atuação estritamente conforme a lei.

Por fim, eventual transferência das obrigações, e dos efeitos das sanções a terceiros não se lhes retira a natureza de sanções. Sanções, todavia, do direito urbanístico.

Não devemos, aqui, confundir o infrator, que efetivamente viola o preceito legal, com o responsável, que poderá arcar com o ônus do gravame imposto em razão da infração.

Ademais, sentimos, aqui, consoante já tratado, um dos efeitos da incidência de princípios de direito urbanístico na esfera da atividade sancionadora. Mesmo diante de transferência de titularidade do domínio do bem imóvel, incidirá o princípio da imodificabilidade da situação urbanística do solo. Aliás, nem poderia ser diferente. Sob pena de tornar letra morta toda o disposto no parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal. Bastaria ao proprietário transferir o domínio para se ver livre da obrigação de edificar, parcelar ou utilizar. Não é o que se verifica.

²⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno.. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 378.

A obrigação é de natureza real, e será imposta ao titular do domínio, ou aquele no exercício da posse. Seja ele o infrator, ou não. Titular do domínio ao qual não é defeso descumar do cumprimento da função social da propriedade, conforme exposto comando constitucional (artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal).

Estamos, sim, diante de sanção. Sanção urbanística, haja vista que influenciada por princípios de direito urbanístico. Voltaremos à questão do regime jurídico das sanções urbanísticas mais adiante.

6. Outras sanções urbanísticas

As sanções veiculadas no bojo da Lei Federal 10.257/2001 não oferecem maiores desafios à sua análise.

Evidente a incidência de princípios e diretrizes gerais do diploma no qual se encontram insertas referidas sanções, quais sejam, princípios e diretrizes afetos ao direito urbanístico.

Como ficam, todavia, sanções outras, veiculadas em textos esparsos, mas que também são de interesse ao que podemos chamar

da ordem urbanística, bem como da organização dos espaços habitáveis ? Entendemos que sanções impostas com o fito de compelir ao cumprimento de normas estatuídas pelo direito urbanístico acabam por se impregnar de princípios desse mesmo ramo do direito, qual seja, do direito urbanístico.

Nos termos do parágrafo anterior, consideremos, por exemplo, sanções impostas para fazer cumprir normas relativas ao uso do solo. Tal qual se verifica no item 10, do anexo III, da Lei Municipal de São Paulo de número 11.228, de 25 de junho de 1992, que pune com multa a “utilização de edificação para uso diverso do licenciado”.

O uso de edificações vem prestigiado no Plano Diretor da Cidade de São Paulo (Lei Municipal 13.430, de 13 de setembro de 2002) em diversos de seus dispositivos (artigo 9º, artigo 10, incisos XII e XIII, artigo 12, inciso I, artigos 76 e 79.

Portanto, em consistindo determinada sanção como instrumento para conferir eficácia, bem como para compelir ao cumprimento de comandos de normas de direito urbanístico, dentre as quais se insere, indubitavelmente, o Plano Diretor, referida penalidade pertencerá também ao direito urbanístico. Servirá a este. Sanção que se impregnará dos princípios de direito urbanístico.

Não dispomos, tal qual ocorre na Espanha, de disposições específicas e agrupadas em um texto único, relativas às sanções urbanísticas, e outras medidas de proteção da legalidade urbanística.

Antes de enveredarmos na análise de algumas sanções em espécie, sem a pretensão, mais uma vez, de esgotarmos a matéria, necessárias algumas considerações adicionais.

Quando pensamos em penalidades, freqüente a menção a multas, embargos, demolição. Seriam referidas figuras, todavia, sanções ? Seriam, sempre, sanções ? Estas questões serão tratadas a seguir. E exigirão, mais uma vez, nos detenhamos no regime jurídico relativo a cada uma dessas figuras, à luz do tratamento que receberam pelo ordenamento.

Ante um mesmo fato, que vulnere a chamada legalidade urbanística, possível deflagrarem-se diversas medidas. Seja para restabelecer a legalidade e repor as coisas ao seu estado anterior. Ou, ainda, para atuar repressivamente. Medidas que incluem sanções, mas nestas definitivamente não se esgotam.

Tomando de empréstimo a doutrina de José Manuel Arredondo Gutiérrez²⁸², podemos agrupar as medidas destinadas a

²⁸² GUTIÉRREZ, José Manuel Arredondo. *Las infracciones urbanísticas*. Granada : Comares, 1995, Capítulo Segundo. E, ainda, GUTIÉRREZ, José Manuel Arredondo. *Las infracciones urbanísticas en la*

restabelecer a legalidade urbanística, em apertada síntese, da forma que segue.

Diante da constatação da existência de obras realizadas sem licença, ou em desacordo com licenças expedidas, a Administração lançará mão de medidas que visem à regularização, caso possível, de referidas obras. Dentre tais medidas temos notificações, e até mesmo a suspensão das atividades. E, ao final, caso se verifique a impossibilidade de legalização, a adoção de medida de demolição.

Possível, ademais, no curso dos atos que visam à regularização das obras, fixarem-se multas para compelir ao cumprimento de determinados atos administrativos, tal qual, por exemplo, determinação para apresentação de documentos. Consistem em meios para conferir eficácia à exigibilidade dos atos administrativos. São multas que se inserem num contexto de outros atos administrativos. O que não ocorre com as sanções. Ainda que possamos inserir todas as mencionadas atividades num contexto de proteção e restabelecimento da legalidade urbanística.

As medidas acima, quais sejam, demolição, embargo (ou, suspensão das atividades) e, ainda, multa cominatória, não consistem em sanções. Embora também sejam reações ao descumprimento de preceitos legais. E aplicáveis, também, independentemente de eventual

reparação de danos, responsabilização penal, ou, ainda, da atividade sancionadora.

Vale lembrar que as medidas de proteção da legalidade urbanística encontram-se arroladas em lei.

O Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junho (“Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana”) traz, a partir do seu artigo 248, uma série de medidas destinadas à proteção da legalidade urbanística.

São elas, em apertada síntese, medidas cabíveis no que concerne a obras realizadas sem licença, ou em desacordo a licenças expedidas (artigo 248). Ou, ainda, no que concerne a obras concluídas sem licença, ou em desacordo à licença expedida (artigo 249). Traz a Lei, em seu artigo 250 prescrições relativas a outros atos levados adiante sem licença.

As medidas que podem ser deflagradas em face das situações tratadas no parágrafo anterior incluem a suspensão imediata das atividades, a demolição e até mesmo a expropriação ou, ainda, a obrigação de venda do terreno, uma espécie de disposição forçada da propriedade.

À semelhança, a legislação da região da Andaluzia traz, também, disposições expressas relativas à proteção da legalidade urbanística e ao restabelecimento da ordem jurídica.

A Ley 7/2002, de 17 de dezembro (“Ordenación Urbanística de Andalucía”) estabelece, em seu Capítulo V, que se inicia a partir do artigo 181, medidas relativas à proteção da legalidade urbanística e restabelecimento da ordem jurídica vulnerada.

O artigo 181 traz disposições relativas a obras em execução, realizadas sem licença ou em desacordo com licença expedida. Referido artigo trata de medidas de natureza cautelar, em busca da suspensão das atividades, as quais incluem até mesmo retirada e depósito de maquinário e materiais. E, ainda, multas coercitivas, de natureza cominatória.

Segue a mencionada lei, em seu artigo 182, e seguintes, tratando de medidas com vistas à restauração da legalidade. Seja para obras em execução, ou mesmo findas. Traça a lei uma série de medidas com vistas à regularização das obras, caso seja possível referida providência.

Verificada a impossibilidade de legalização, ou mesmo a inércia daquele que promoveu as obras, abre-se o caminho até

mesmo para a demolição ou reconstrução, ou, ainda, execução de obras às custas do proprietário. Tudo com vistas a restabelecer a situação anterior de legalidade. Prevista, também, a possibilidade de fixar-se multa cominatória.

As medidas acima referidas não se confundem com a atividade sancionadora. A demolição, a multa, ou mesmo o embargo, no contexto acima, não consistem em sanções. São instrumentos tendentes a restabelecer, diretamente, a legalidade, seja mediante adequação de obras às posturas, seja através do desfazimento daquilo que não foi passível de regularização. Muito embora tenham, também, como pressuposto de fato uma infração.

Cabe aqui, todavia, uma breve consideração. As medidas acima tratadas não são sanções, à luz do tratamento que receberam do ordenamento espanhol, conforme veremos a seguir. Não haveria, em princípio, impedimento para que, a título de exemplo, a demolição viesse veiculada como sanção, atrelada, num tipo legal, a uma infração. Seguindo-se o arquétipo de referida medida, qual seja, a da previsão de uma infração, e da correlata sanção. Medida de caráter exclusivamente punitivo. E não como meio para se obter, diretamente, restabelecimento da legalidade. Ou cumprimento do quanto determinado em ato administrativo. Ainda que a sanção se preste, também, como meio intimidante no que concerne a condutas contrárias ao ordenamento. E, nesse contexto, sirva como meio para tentar obter comportamentos consentâneos com o direito. No caso em tela, com o direito urbanístico.

A atividade sancionadora também veio contemplada, na legislação espanhola, em disposições diversas e distintas, independentes dos preceitos relativos à legalidade urbanística. Construções levadas a cabo sem licença, e sem possibilidade de regularização serão demolidas. Sem prejuízo, todavia, de eventual imposição de sanção. Ou mesmo da cominação de multas coercitivas para compelir o proprietário a cumprir com determinações emanadas através de atos administrativos. Nesse sentido, anota José Manuel Arredondo Gutiérrez :

“las multas coercitivas no constituyen sanciones impuestas al responsable de una actuación urbanística ilegal, sino medios de ejecución forzosa de una resolución administrativa (art. 99 LRJPAC), en este caso, del requerimiento de legalización adoptado en el procedimiento de protección de la legalidad urbanística.²⁸³”

Pois bem. Voltando à legislação espanhola, já abordadas as disposições relativas à proteção da legalidade urbanística. Quanto às infrações e às sanções, temos os comandos seguintes.

²⁸³ GUTIÉRREZ, José Manuel Arredondo. *Las infracciones urbanísticas en la legislación de Andalucía. (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Granada : Comares, 2004, p.33. A Lei à qual o autor faz menção, qual seja, a LRJPAC consiste na : “Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

A legislação nacional da Espanha (Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junho) traz, em seu artigo 261, uma definição de infração urbanística :

“Artículo 261. Definición de infracciones urbanísticas. – Son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que vulneren las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanísticos, tipificadas y sancionadas en aquélla”

As infrações em espécie vêm delineadas no Real Decreto 2187/1978, de 23 de junho (“Reglamento de Disciplina Urbanística”), a partir de seu artigo 66. O referido diploma, em apertada síntese, traz dois grandes blocos de infrações, um primeiro relativo a violações no que toca ao parcelamento do solo. Temos, ainda, infrações relativas ao uso e edificação do solo. Sendo a multa a sanção estabelecida às ditas infrações.

A seu turno, a Legislação da região da Andaluzia (“Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía”), a partir de seu artigo 191, também traz dispositivos relativos às infrações urbanísticas. O texto legal parte da definição seguinte de infração urbanística, veiculada pelo artigo 191, da Ley 7/2002 :

“Art. 191. *Infracción urbanística*. – Son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta Ley”

O tratamento conferido às sanções, e que lhes confere tal característica, é normativo. Ou seja, previsão de infração, e correlata sanção, de forma assemelhada aos tipos penais. Sanção que subsiste por si mesma. Não se trata de providência que poderíamos chamar de instrumental ou incidental a medidas outras destinadas à legalização de obras. Tal qual ocorre com a demolição, nos moldes acima descritos.

Explicitada, ademais, por meio dos artigos 182.2 e 192, da Ley 7/2002, da Andaluzia, a independência entre as medidas de restauração da legalidade e as sanções.

O apontado artigo 182.2 afirma que o procedimento relativo à reposição das obras a seu estado anterior é independente do procedimento sancionador. Embora possam ser ambos instruídos num mesmo expediente.

Da mesma forma, esclarece o artigo 192 que, verificada uma infração, serão cabíveis as medidas seguintes :

- “a) Las precisas para la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado.
- b) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora y disciplinaria administrativas o penal;
- c) Las pertinentes para el resarcimiento de los daños y la indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables;
- d) En todo caso se adoptarán las medidas dirigidas a la reposición de la realidad física alterada al estado anterior a la comisión de la infracción.”

Mostra-se evidente que sanções são providências autônomas e independentes em relação às demais medidas acima mencionadas. E passíveis de aplicação de forma cumulativa, sem que se possa falar em violação ao *non bis in idem*.

Pois bem. A Ley 7/2002 trata, então, a partir de seu artigo 212, das infrações em espécie, agrupadas da forma seguinte :

- a) infrações decorrentes do parcelamento do solo,
- b) infrações relativas à execução de planos urbanísticos,
- c) infrações relativas à edificação e uso do solo
- d) infrações concernentes a bens e espaços de valor arquitetônico, histórico, cultural, natural ou paisagístico;
- e) infrações decorrentes de obstáculo impostos à atividade fiscalizadora.

E para cada uma das infrações acima, vem associada, tal qual ocorre com os tipos penais, uma ou mais sanções. A legislação autonômica da Andaluzia elegeu como principal sanção a multa.

Prescritas, nada obstante, as denominadas medidas sancionadoras acessórias (a partir do artigo 209, da mencionada Ley 7/2002), consistentes em: proibição de contratar com a Administração Pública, vedação à percepção de subvenções e incentivos fiscais, vedação ao exercício de determinadas atividades decorrentes da execução de planos urbanísticos. Planos esses que trazem, numa explanação bastante simplificada, a moldura do direito de propriedade.

Mas e no Brasil, como fica o quadro das sanções ? Não dispomos de legislação sistematizada concernente às infrações e sanções de natureza urbanística.

Nada obstante, presentes no ordenamento, sem sombra de dúvidas, sanções instituídas com o fito de fazer cumprir normas veiculadas através do direito urbanístico. Sanções atreladas a um arquétipo básico, qual seja, contendo previsão de pressuposto de fato (infração), e de penalidade aplicável quando verificado o dito pressuposto de fato. Sanções que são, a nosso ver, impregnadas pelos princípios de direito urbanístico.

Faremos breve análise de algumas sanções trazidas por textos legais municipais esparsos, sem a pretensão de esgotar a matéria ou mesmo obter uma sistematização definitiva das referidas sanções. Buscamos, aqui, tão somente explicitar a incidência do regime jurídico de direito urbanístico também a tais sanções.

Tomemos como ponto de partida o Plano Diretor da cidade de São Paulo, consistente na Lei Municipal 13.430, de 13 de setembro de 2002. Trata-se, evidentemente, de diploma de direito urbanístico. Consiste no instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Sendo certo que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Nesse sentido, os parágrafos 1º e 2º, do artigo 182, da Constituição Federal..

Prestigiada, pelo Plano Diretor de São Paulo, consoante já apontado acima, a questão do uso do solo.

Referida preocupação é explícita em diversos artigos e, em especial no artigo 76, o qual dispõe :

“Art. 76 - São objetivos da Política de Urbanização e

Uso do Solo:

I - evitar a segregação de usos promovendo a diversificação e mesclagem de usos compatíveis de modo a reduzir os deslocamentos da população e equilibrar a distribuição da oferta de emprego e trabalho na Cidade;

II - estimular o crescimento da Cidade na área já urbanizada, dotada de serviços, infra-estrutura e equipamentos, de forma a otimizar o aproveitamento da capacidade instalada e reduzir os seus custos;

III - promover a distribuição de usos e a intensificação do aproveitamento do solo de forma equilibrada em relação à infra-estrutura, aos transportes e ao meio ambiente, de modo a evitar sua ociosidade ou sobrecarga e otimizar os investimentos coletivos;

IV - estimular a reestruturação e requalificação urbanística para melhor aproveitamento de áreas dotadas de infra-estrutura em processo de esvaziamento populacional ou imobiliário;

V - estimular a mesclagem de usos e garantir a presença de áreas com padrões horizontais de urbanização de uso residencial e de outros usos compatíveis em áreas de alta densidade de usos de serviços, que apresentam saturação da infra-estrutura viária;

Por meio da atividade de expedição de licenças o poder público pode controlar, dentre outros pressupostos, o uso de imóveis. Uso esse com vistas a, tal qual verificamos no texto legal, reduzir deslocamentos da população, e aproveitar a infra-estrutura já instalada quando da fixação da população. A expulsão de massas populacionais de baixa renda

para a periferia das grandes cidades, além de se tratar de medida discriminatória, aglomera grandes contingentes de seres humanos em áreas sem qualquer infra-estrutura. Enquanto áreas centrais dessas mesmas cidades têm ocupação ociosa. Há que se buscar, através do direito urbanístico, a organização dos espaços habitáveis com a finalidade de providenciar melhor qualidade de vida às pessoas.

E é através das sanções, também, que logramos buscar o efetivo respeito aos usos exigidos pelo Poder Público. Trata-se de uma dentre várias outras formas de garantir-se o uso adequado de edificações, à luz das disposições legais e do interesse coletivo.

A Lei Municipal de São Paulo 11228/92, estabelece, no item 10, de seu anexo III, a sanção de multa como decorrente da correlata infração : “utilização de edificação para uso diverso do licenciado” .

Consiste a mencionada multa, à evidência, em sanção, penalidade relativa à prática de uma infração. Sanção de natureza urbanística, estatuída com a finalidade de dar cumprimento, de compelir à observância de normas de direito urbanístico. Especificamente, normas concernentes ao uso do solo.

Nesses termos, consideramos incidentes também princípios afetos ao direito urbanístico. Princípios que

necessariamente se fizeram presentes quando da formação do pressuposto de fato que ensejará a aplicação da sanção. Princípios tais como o da função social e, ainda, do interesse social consistente na correção de distorções decorrentes da urbanização.

Regras de uso do solo que não sejam compatíveis com a função social da propriedade urbana desatendem ao arcabouço de princípios e valores do direito urbanístico.

O interesse público acaba por gravar os imóveis com as sanções. Estas persistem, mesmo em face de transmissões do bem. É decorrência do que podemos chamar de princípio da imodificabilidade da situação urbanística dos terrenos. Este, por sua vez, decorrente, a nosso ver, da função social e ordem pública.

A situação urbanística de cada imóvel, a qual deve obediência à função social, é elemento integrante, e não externo do direito de propriedade. Fornece a moldura deste. Integra e compõe o dito direito. Encontra-se, assim, umbilicalmente ligada ao titular do direito real da propriedade. A responsabilidade pelas infrações vai além da pessoa do infrator e alcança o titular do direito, seja ele quem for. Ainda que adquirido o domínio em oportunidade posterior à infração e correspondente sanção. Restando sempre a via do direito das obrigações para ver-se ressarcido o novel proprietário.

Os princípios urbanísticos possuem, ademais, destinatários outros, como o próprio legislador. Circunstância que resta demonstrada nos dispositivos abaixo, extraídos da Lei Municipal de São Paulo 13430/2002 :

“Art. 77

(...)

IX - a revisão da legislação de uso e ocupação do solo, adequando-a à diversidade das situações existentes, para torná-la aplicável, facilitando a universalização do seu conhecimento, aplicação e fiscalização;

(...)

Art. 78 - São ações estratégicas da Política de Urbanização e Uso do Solo:

I - rever, simplificar e consolidar a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo, incorporando os instrumentos previstos na Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, de modo a assegurar a função social da propriedade urbana;

(...)

Art. 192 – Legislação específica possibilitará a regularização das edificações, parcelamento, uso e ocupação do solo, em situações tecnicamente viáveis e compatíveis com as prioridades e diretrizes definidas nesta lei, condicionada à realização de obras e ações necessárias para garantir estabilidade jurídica, estabilidade física,

salubridade e segurança de uso de forma a incorporar os assentamentos e imóveis ao tecido urbano regular.

Art. 193 – Legislação ou normatização específica, a ser elaborada ou atualizada, definirá normas técnicas e procedimentos para regularizar as seguintes situações:

I - parcelamentos do solo implantados irregularmente;

II - empreendimentos habitacionais promovidos pela administração pública direta e indireta;

III - favelas;

IV - edificações executadas e utilizadas em desacordo com a legislação vigente.

§ 1º – No prazo definido para a vigência deste Plano Diretor Estratégico, definido para 2012, não deverá ser editada mais de uma lei que trate das situações de regularização previstas nos incisos I e IV do “caput” deste artigo.

§ 2º – Para a execução dos objetivos desta lei, o Executivo deverá, na medida do possível, garantir assessoria técnica, social e jurídica gratuita à população de baixa renda.”

Note-se a preocupação com o interesse social e a regularização fundiária. Preocupação que transcende o texto do Plano Diretor e impregnará diplomas outros, relativos à organização dos espaços habitáveis.

Temos, ainda, sanções outras.

Mais uma vez, sem a pretensão de fornecer sistematização e esgotamento da matéria, fazemos menção à Lei Distrital 1.172, de 24 de julho de 1996.

O mencionado diploma legal, que trata do controle de edificações, estabelece a partir de seu artigo 20 o quanto segue :

“CAPÍTULO III

DAS INFRAÇÕES E DAS SANÇÕES

Art. 20 - Considera-se infração toda ação ou omissão que importe inobservância dos preceitos desta Lei e ainda o desacato à autoridade fiscal.

Parágrafo único. Todas as infrações serão autuadas pelo órgão da Administração Regional encarregado de sua aplicação.

Art. 21 - Considera-se infrator todo aquele que praticar ato em desacordo com esta Lei ou induzir, auxiliar ou constranger alguém a fazê-lo.

Art. 22 - A autoridade pública que tiver ciência ou notícia de infração na Região Administrativa de sua jurisdição é obrigada a promover a apuração imediata.

Parágrafo único. Será considerado co-responsável o servidor público ou qualquer pessoa que obstrua a ação de apuração da infração.

Art. 23 - Os responsáveis por infrações a esta Lei serão punidos, isolada ou cumulativamente, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis, com as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - autuação de infração;

III,- multa;

IV - embargo parcial ou total da obra;

V - interdição parcial ou total da obra;

VI - demolição parcial ou total da obra;

VII - apreensão de materiais e equipamentos.”

Veiculados, assim, gravames outros, além das multas, a serem impostos diante da prática de uma infração. Em diploma legal que buscar regular o controle de edificações.

Temos, conforme dispõe a lei, embargos e interdições, demolição e até mesmo apreensão de materiais, estatuídos sob a forma de sanções.

Cabem aqui, todavia, algumas considerações.

Para que haja efetivo respeito ao princípio da segurança, entendemos que as sanções acima descritas devem estar atreladas, de forma clara e precisa, através de norma veiculada por meio de lei formal, a infrações determinadas. Ainda que a demolição possa ser imposta como medida de restabelecimento da legalidade²⁸⁴, não o poderia, como sanção, na ausência de norma tipificadora da infração.

Não havendo a previsão legal de infração e da correlata sanção, não estamos diante de atividade sancionadora, mas de medidas de natureza diversa. O embargo decretado incidentalmente a medidas que buscam à legalização de construções não consiste em sanção, consoante já abordado acima.

As considerações do parágrafo anterior são oriundas de princípios do direito sancionador. É este que fornece, basicamente, o arquétipo das sanções, e as distingue de outras medidas que também buscam restabelecer a legalidade, também na esfera da organização dos espaços

²⁸⁴ A Lei Distrital 1172/96 traz disposição expressa no sentido de ser cabível a demolição como medida de restauração da legalidade. Nesse sentido, o artigo 29, da mencionada lei, que dispõe : “A demolição total ou parcial será efetivada quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e que não possa ser enquadrada nesta, ou ainda por decisão judicial.” Nesse sentido, ainda, decisão judicial proferida do processo 2004.01.1.106631-6, da Sexta Turma Cível, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

habitáveis. E faz incidir princípios afetos ao direito sancionador, notadamente o da tipicidade e da legalidade, assim como da proibição do excesso.

Mais uma ressalva cabe aqui. Eventual sanção de demolição não vulneraria, a nosso ver, a proibição relativa a sanções perpétuas. Não se estaria impondo óbice definitivo ao direito de construir, mas apenas desfazendo aquilo que fora ilegalmente levado adiante. Sempre restaria ao proprietário a possibilidade de voltar a edificar, respeitada a legislação pertinente.

Passemos adiante.

Uma vez que as normas acima consistem em comando que busca organizar os espaços habitáveis, são elas pertencentes ao direito urbanístico. O controle das edificações recebeu tratamento explícito na legislação urbanística espanhola, consoante já tratado.

Controle esse que tampouco foi esquecido, a título de exemplo, pela legislação da cidade de São Paulo. Nesses termos, os artigos 192 e 193, já transcritos, da Lei Municipal de São Paulo 13430/2002.

A legislação distrital também abraça a questão de controle de edificações, o qual é matizado pelos princípios do

direito urbanístico. Nesse sentido, pedimos vênia para fazer menção ao Plano Diretor da região administrativa do Gama (Lei Complementar 728, de 18 de agosto de 2006) o qual dispõe, em seu artigo 61, acerca dos parâmetros básicos de controle da ocupação do solo, com regras relativas às edificações.

Portanto, consistem as figuras trazidas pela legislação distrital em sanções de natureza urbanística. E, nesses termos, influenciadas por princípios de direito urbanístico.

Finalmente, vale acrescentar o quanto segue. O que importa não é o gravame em si, ou seja, a sanção em espécie. É pertinente, sim, verificar o regime jurídico afeto a determinada medida gravosa. Conforme já visto, a multa pode, ou não, representar uma sanção. O mesmo ocorre com a demolição.

Para caracterizar-se determinado gravame como uma sanção, tal qual colocado no presente trabalho, deve fundar-se em consequência atrelada a uma infração. Assim instituído por Lei. Lei que deve ser anterior e precisa. Corolários da legalidade, da tipicidade e da anterioridade.

E em se tratando de sanção do direito urbanístico, será impregnada, também, por princípios de direito urbanístico. Fornecendo o ordenamento, a nosso ver, um regime jurídico peculiar.

Os princípios sancionadores e urbanísticos se imbricam e se completam, fornecendo o que podemos chamar de regime de direito sancionador urbanístico, a ser abordado a seguir.

7. Do regime jurídico peculiar às sanções urbanísticas

Inegável que, para a válida imposição das sanções do artigo 182, parágrafo 4º, e seus incisos, da Constituição Federal, necessário o respeito à legalidade. Consoante já tratado, se exige, para a imposição das sanções aqui analisadas, de edição de lei municipal específica. E, ainda, de plano diretor, a ser editado através de lei municipal. E respeito ao arquétipo fornecido pela Constituição Federal, na já mencionada disposição normativa.

O mesmo se verifica com outras medidas gravosas instituídas através de normas de direito urbanístico, ou com o fim de prestigiar comandos veiculados por normas de direito urbanístico.

Mais uma vez nos reportamos às multas instituídas no sentido de compelir à observância de regras de uso do solo. Exigida a edição de lei para a válida criação de infrações e de sanções. Estamos diante

de medidas que invadem definitivamente a esfera de liberdade do administrado. A exigência de lei formal vem traçada pelo comando constitucional inserto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Presentes, também, os princípios da tipicidade e do devido processo legal. Estabelecidos, de forma bastante clara, os imóveis que podem ser objeto das sanções (imóveis não edificadas, subutilizados ou não utilizados), as obrigações que recaem sobre os proprietários (de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios), e as sanções aplicáveis (imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo, ou mesmo a desapropriação) território. E, ainda, passos relativos a procedimento a se adotar para a aplicação das sanções já mencionadas.

À semelhança, figuras punitivas, para serem consideradas efetivamente sanções, também devem obediência ao princípio da tipicidade. As regras que instituem as infrações e as sanções devem ser claras. Trazendo descrição precisa acerca do pressuposto de fato caracterizador do ilícito e, ainda, das conseqüências decorrentes da subsunção ao pressuposto de fato.

Até aqui, o que verificamos é a influência de princípios de direito sancionador no que toca a figuras punitivas, inclusive as instituídas através do direito urbanístico.

O direito sancionador é quem fornece o arquétipo para as sanções. É sanção o gravame previsto em lei. Lei esta que deve ser anterior e clara, trazendo, de forma evidente, qual a conduta que caracteriza uma infração, e a sanção a esta atrelada. São expressões da legalidade, segurança e proibição do excesso.

Mas em se tratando de sanções estatuídas pelo direito urbanístico. Ou, ainda, instituídas com o fito de fazer cumprir normas veiculadas através do direito urbanístico, incidirão princípios e valores do direito urbanístico, e que integrarão o regime jurídico das sanções administrativas urbanísticas.

Mais uma vez ressaltamos. Não vislumbramos diferença ontológica entre as diversas espécies de sanções. Nada obstante, consoante o regime jurídico imposto pelo ordenamento, teremos a incidência de princípios característicos. Não é diferente com o direito urbanístico. Vejamos.

Tal qual já tratado, necessário para se implementar o parcelamento, edificação e utilização compulsórios, assim como o IPTU progressivo e a desapropriação mediante pagamento em títulos, a edição de plano diretor, a aprovado por meio de lei municipal.

A prévia exigência de plano diretor também transporta para a seara das sanções aqui tratadas princípios de direito urbanístico. Conforme bem aponta a Professora Vera Scarpinella Bueno “o plano diretor, porque é plano, é o fundamento de validade dessas normas; não jurídico propriamente dito, mas lógico.”²⁸⁵

Nesses termos, enquanto fundamento de validade, traz consigo as exigências de planejamento e de gestão democrática, que lhe são peculiares. E de obediência ao princípio constitucional do cumprimento da função social da propriedade.

Não bastam, assim, intervenções pontuais, características do direito administrativo. Necessário se faz uma intervenção concertada, planejada. Planejamento esse que não pode prescindir da participação popular.

Não é diferente com outras sanções. A legislação afeta à organização dos espaços habitáveis recebe influência de princípios de direito urbanístico. O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade consiste em comando constitucional que abrange, inclusive, Municípios que sequer editaram plano diretor. Nesse sentido, o artigo 182, caput, da Constituição Federal. Muito embora seja o plano diretor instrumento essencial à

²⁸⁵ BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p.93.

materialização da função social da propriedade urbana, à luz do parágrafo 2º, do já mencionado artigo 182, da Constituição Federal.

A perseguição do cumprimento da função social da propriedade urbana e do bem-estar dos habitantes deve estar sempre presente na atuação do poder público. Mesmo no exercício da atividade sancionadora. Temos, assim, presentes princípios de direito urbanístico na esfera das sanções, e que trarão conseqüências que a seguir abordaremos.

O cumprimento da função social da propriedade, bem como a busca pelo bem-estar dos seus habitantes trará reflexos, conforme já dito, na esfera da culpabilidade. As sanções relativas ao adequado aproveitamento do solo urbano são de natureza real, gravam o solo. Permitindo-se, inclusive, desapropriação do bem, com aproveitamento do imóvel a ser levado a cabo pelo próprio poder público (artigos 8º, parágrafo 4º e 5º, da Lei 10.257/2001). Fornecem referidos instrumentos a moldura do direito de propriedade urbano, o interesse social sobrepujando o interesse individual.

A obediência à função social traz a chamada imodificabilidade da situação urbanística dos terrenos. Uma vez gravados os terrenos por obrigações relativas à ordem urbana, não admitem modificação. Ainda que passem às mãos de titulares diversos.

Referida imodificabilidade torna admissível, assim, que sejam sancionados agentes que não contribuíram, *ab initio*, para a prática da infração. Mas que persistem no desrespeito à lei. Multas em face do mau uso da propriedade, ou de violações a posturas de edificação podem ser impostas a novos possuidores, ainda que não tenham sido eles os responsáveis pela execução das obras em desconformidade. Enquanto investidos na posse ou propriedade do imóvel, incumbe-lhes o dever de obedecer à função social da propriedade. A omissão em cumprir com os requisitos urbanísticos é suficiente para vulnerar bens protegidos e fazer incidir o poder sancionador.

A busca pela função social exige, também, releitura do princípio da proporcionalidade. Referido fim, qual seja, do cumprimento da função social, deve nortear a atividade do agente público. A busca pelo cumprimento da função social torna inadiáveis determinadas providências e adoção de medidas hábeis. Admissíveis, nesse contexto, as sanções de natureza real, a gravar o imóvel, persistindo eventuais obrigações de cunho urbanístico também àqueles que adquirem a propriedade *causa mortis*. Predomina, aqui, o interesse social do adequado ordenamento do espaço urbano, com reflexos positivos, em tese, a todos, inclusive ao próprio proprietário.

Ainda no sentido do parágrafo anterior, admissíveis, ainda, na busca pelo cumprimento da função social está a autorizar, que o poder público, de forma direta, leve adiante o cumprimento das

obrigações impostas pelo poder público ao proprietário, tal qual ocorre com a desapropriação. Ou, por fim, a necessidade de se proceder à desapropriação, diante da ineficácia da cobrança do IPTU progressivo.

Não nos olvidemos, ademais, que incide, no direito urbanístico o princípio do interesse social, que engloba a regularização fundiária e o direito à moradia. Referido princípio entra, muitas vezes, em tensão com a legalidade. E deve ser considerado na atuação dos agentes públicos. Remover famílias estabelecidas há longa data, em áreas ambientalmente frágeis, mas passíveis de recuperação seria, a nosso ver, tornar letra morta o referido princípio. O que não significa, em absoluto, tolerar cegamente ilegalidades, perpetradas muitas vezes com o incentivo de agentes públicos. Devemos, sim, buscar de foram incansável, os responsáveis pela dita ocupação, sejam eles integrantes da iniciativa privada ou mesmo do setor público, para lhes impor responsabilização e carrear os custos de eventual recuperação da área, com vistas à regularização fundiária, evitando-se que se onere os cofres públicos ainda mais.

Os princípios do direito urbanístico, tais como a função social e, ainda, o interesse social e regularização fundiária teriam, aqui, como destinatários, não apenas os proprietários e possuidores, mas sim o próprio legislador, consoante verificado, por exemplo, nos artigos 192 e 192, do Plano Diretor de São Paulo, já transcritos acima.

Mesmo no que toca ao princípio da tipicidade, este também encontra certa mitigação, quando emoldurado pela garantia do direito de propriedade e pela função social da propriedade urbana. Conforme já tratado, não descuramos do fato de ser o referido princípio primordial à segurança jurídica. Nada obstante, conforme já apontado anteriormente, a descrição precisa da obrigação de utilização a ser imposta ao proprietário não pode chegar ao ponto de definir usos específicos que devam ser dados ao imóvel. O cumprimento da função social não nulifica o direito de propriedade, também garantido constitucionalmente. A lei certa deve respeito às faculdades inerentes ao direito de propriedade as quais devem ser preservadas. Como bem coloca Carlos Ari Sundfeld :

“o proprietário não pode ser obrigado a desempenhar uma função no interesse exclusivo da sociedade (...) Não pode o Estado, por exemplo, exigir de um proprietário, que instale em seu terreno uma praça de esportes onde a vizinhança realize seu lazer, se este uso nenhum interesse pode suscitar para ele. Uma tal exigência esbarraria, basicamente, em dois obstáculos. Em primeiro lugar, no princípio da isonomia, por força do qual não se pode lançar exclusivamente em um indivíduo os ônus decorrentes do atendimento das necessidades coletivas. Em segundo lugar, a função social não é título para que o Poder Público se desonere de deveres seus, lançando-os aos particulares.²⁸⁶”

²⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In : DALLARI, Adílson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenadores). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo : RT, 1987, p. 19.

Portanto, vislumbramos um novel regime jurídico relativo às sanções administrativas urbanísticas. Não basta a observância da legalidade ou mesmo da tipicidade. Deve-se ir além. Há de trilhar o agente público pelo caminho do planejamento e da participação popular. E não apenas isto. Há que se pautar o agente público pela indisponível busca do cumprimento da função social da propriedade, com reflexos na culpabilidade, e, ainda, nos meios a serem utilizados para a consecução do apontado fim consistente na busca do cumprimento da função social da propriedade urbana. Sem descurar do princípio do interesse social, moradia e regularização fundiária, que muitas vezes colidirá, e exigirá a adequada ponderação, com princípios e valores outros, em especial de natureza privada e ambiental.

Entendemos que, por força da incidência de princípios do direito urbanístico na atividade sancionadora, estamos diante de um regime jurídico peculiar a regular as sanções urbanísticas. Referido regime traz à tona princípios e fins e que são próprios do direito urbanístico, colocando ao centro das preocupações o cidadão e as funções da cidade que deveriam lhe servir (morar, divertir-se, trabalhar, circular). A atuação pública, dado o devido respeito aos princípios constitucionais inerentes ao direito urbanístico, será focada nas soluções apropriadas ao bem-estar dos habitantes. Em especial na atividade sancionadora, extremamente invasiva da esfera de liberdade e patrimonial do cidadão. Mas de suma importância para a busca da eficácia de normas de toda sorte, inclusive urbanísticas.

Arrematamos a presente explanação nos termos seguintes.

Quando nos deparamos com uma penalidade ou gravame, primeiro devemos verificar se efetivamente se trata de uma sanção.

Para sê-lo, deve seguir, dentre outros predicamentos, o arquétipo das sanções já tratado acima. Devemos ter uma infração e correlata sanção estabelecidas em Lei. Lei anterior. Lei clara e precisa.

Referido arquétipo das sanções é fornecido pelo direito sancionador. Inclusive na esfera do direito urbanístico. Temos, aqui, influência do direito sancionador em relação à atividade urbanística de controle da legalidade. Exercida, também, por meio de sanções.

O direito sancionador exige o efetivo respeito a princípios tais como a legalidade e a tipicidade. E, ainda, a proibição do excesso.

Consistindo a sanção em medida instituída por norma de direito urbanístico. Ou, ainda, para dar cumprimento a comandos veiculados através de normas de direito urbanístico, incidirão também princípios afetos ao mencionado ramo do direito.

Traz o direito urbanístico, para a esfera do direito sancionador, a necessária obediência à função social. Obediência que exige, por exemplo, adoção de medidas concretas no cumprimento da dita função social. Tal qual ocorre com a desapropriação instituída nos termos do inciso III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal.

Função social que grava, que integra o direito de propriedade em si. E traz ínsita a imodificabilidade da situação urbanística dos terrenos. Gravando os bens com determinadas obrigações que devem ser suportadas por proprietários ou possuidores ainda que não tenhamos mesmo participado diretamente do ato que constitui infração. Certamente, a persistir a infração, terão incorrido em omissão no cumprimento da função social da propriedade. Devendo responder, seja a título de infrator, ou mesmo de responsável por determinadas violações. Sem nos descurarmos, por óbvio, da necessária proteção do administrado contra abusos da administração, em especial, no que concerne ao devido processo legal, a efetivos meios de defesa.

É essa mesma função social, aliada ao interesse social que traz a necessidade de revisão da legislação, para torná-la conforme à realidade, propiciando, em nome do interesse, a regularização fundiária.

Note-se que a imposição de sanções se faz sem prejuízo de outras medidas que podemos chamar, tomando de empréstimo termo da doutrina espanhola, de restauração da legalidade urbanística, tais como a conservação, a demolição, o embargo, as perdas e danos e até mesmo a multa cominatória. Não haveria, aqui, violação do princípio do *non bis in idem*. Restauração da legalidade reclamada pela função social da propriedade urbana e pela imodificabilidade da situação urbanística do solo urbano . A manutenção de uso desconforme à legislação urbanística traz prejuízos a toda a comunidade, e deve ser coibida através de todos os meios cabíveis. Um dos quais seria a sanção. Mas não é o único, podendo em determinadas hipóteses ser o restabelecimento da legalidade levado a cabo pelo próprio publico.

Assim sendo, tomando-se de exemplo a multa instituída como sanção decorrente da infração consistente na utilização de imóvel para uso diverso do licenciado. Diferencia-se essa multa de outras multas não atreladas ao direito urbanístico. Subjacente a essa medida a necessária participação popular, levada adiante quando da elaboração de leis de uso e ocupação do solo (à luz da diretriz do artigo 2º, inciso II, da Lei Federal 10257/2001 – Estatuto da Cidade).

Tem, ademais, a multa do direito urbanístico um fim especial em relação às multas ordinárias, qual seja, o cumprimento da função social, o que a torna indissociavelmente ligada à terra, ao solo. Permitindo-se imposição em face da circunstância de ser possuidor ou proprietário, ainda que não seja o referido agente aquele que promoveu,

inicialmente, o uso desconforme. O cumprimento da função social continua a gravar a propriedade, e suas faculdades (tais como usar, gozar, fruir). Obrigando, assim, todo aquele que estiver na titularidade do domínio, ou mesmo no gozo das faculdades inerentes ao direito de propriedade.

Vamos além. É essa mesma obediência à função social que permitirá a cumulação de referida multa com medidas outras de natureza diversa, tais como ações que busquem restabelecer a legalidade, ou mesmo que sejam de natureza cominatória.

A função social, aliada ao interesse social e à proteção da moradia também exigirá, do legislador, a revisão de sua previsão normativa, ante hipótese de desconformidade entre a previsão de uso e a realidade fática. A regularização fundiária, calcada, a meu ver, na lei, exige essa revisão. Sem defendermos, por óbvio, meras anistias ou mesmo tolerância criminosa de ilegalidades, com vistas, muitas vezes, a proveito político eleitoral.

As circunstâncias acima tratadas, quais sejam, obediência à função social, respeito ao interesse social e à moradia, a imodificabilidade da situação urbanística dos terrenos, traz peculiaridades às sanções de natureza urbanística, apartando-as de outras sanções administrativas. Inserindo-as, assim, num regime jurídico que podemos denominar de regime jurídico de direito administrativo urbanístico.

Finalizamos com um derradeiro comentário.

O pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade somente será atingido com o efetivo respeito, não só pelo aplicador do direito, mas também pelo legislador, pelo julgador, e pelos cidadãos, dos princípios afetos ao direito urbanístico. Hoje temos enormes parcelas da população à margem da legalidade formal. Sem direito a uma moradia digna. Sem direito a infra-estrutura adequada. Sem direito a transportes. E não é através da atividade sancionadora, pura e simples, cega aos reclamos sociais, que serão resolvidos referidos problemas. Seria de pouca valia, do dia para a noite, simplesmente lavrar autos de infração em relação a todas as construções em desacordo com as posturas legais. Temos, sim, um mecanismo de criação de moradias e ocupações ilegais, de exclusão social, que deve ser combatido.

Não queremos, com isso, desprestigiar a atividade sancionadora no campo do direito urbanístico. Ou mesmo fazer apologia à ilegalidade. Pelo contrário. Mas torna-se imperativo inserir, sim, a atividade sancionadora urbanística no seio das demais medidas e instrumentos urbanísticos. É essencial que a atividade sancionadora urbanística seja vista dentro da perspectiva do interesse social, da proteção à moradia, da função social da propriedade, da regularização fundiária. Necessitamos, sim, de planejamento efetivo. E mais. De efetiva execução do planejamento, e consonância com os princípios do direito urbanístico. Cremos ser este o caminho para atingir-se o bem estar dos cidadãos. Daí a importância de temperar-se a atividade sancionadora com os já mencionados princípios de

direito urbanístico. Somente assim se preservará o cumprimento da função social da propriedade urbana.

8. Conclusões

O desenvolvimento das cidades, recentemente impulsionado pela Revolução Industrial, trouxe grandes contingentes populacionais a espaços físicos reduzidos. Trouxe também, na esteira, uma série de problemas, os quais são vivenciados por praticamente todos os seres humanos, seja das cidades, seja do campo : poluição, violência, péssimas condições de circulação, transformações do mercado de trabalho, dentre outros.

Nesse contexto, de rigor a intromissão do direito para organizar, em especial, os espaços habitáveis. Inclusive da área rural. Entra em cena o direito urbanístico, com a missão de organizar os espaços habitáveis, inclusive na zona rural, sem se imiscuir, todavia, em assuntos relacionados à política fundiária. E, dentre os instrumentos à disposição do direito urbanístico para regular os espaços urbanos e garantir não apenas a pacífica convivência das pessoas, mas também o cumprimento da função social da propriedade urbana e o bem-estar dos habitantes, temos as sanções.

O direito urbanístico foi tratado de forma autônoma pelo artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, conferindo-se competência legislativa para tratar da matéria a todos os entes federativos. Cabendo à União, diferentemente do que ocorre no direito administrativo, a edição de normas gerais (conforme o comando constitucional do artigo 24, parágrafo 1º). E ao ente Municipal, a atribuição para reger assuntos de interesse local e editar, com exclusividade, plano diretor.

À luz do direito pátrio, consideramos que o direito urbanístico adquiriu autonomia não apenas didática, mas também científica, haja vista a existência, hoje, de normas específicas do referido ramo. E, ainda, de princípios que lhe são próprios.

O direito pátrio trouxe, portanto, tratamento sistemático às normas de direito urbanístico, concedendo-lhe princípios e valores próprios. Consistindo o direito urbanístico, consoante os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles no *“ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, nos seu conjunto cidade-campo”*²⁸⁷.

Como valores essenciais do direito urbanístico temos a moradia, o lazer, a circulação e o trabalho, as quatro funções básicas dos agrupamentos humanos. Sendo certo que morar não abarca apenas um chão e um teto, mas engloba infra-estrutura, serviços essenciais, áreas verdes.

²⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 513

Trata-se de vetor axiológico que deve orientar as ações estatais, em especial do administrador, no campo do direito urbanístico. São valores que veiculados por normas diversas e que também tornam especial o direito urbanístico.

Valores veiculados, em especial, por princípios que também são peculiares ao direito urbanístico, quais sejam : a) da função social; b) do planejamento e da participação popular; c) justa distribuição de benefícios e ônus – corolário do princípio da igualdade; d) do acesso à terra – proteção da posse – regularização fundiária – direito à moradia e) ordem pública e interesse social : fruição de todos e correção de distorções.

Sendo certo que os princípios de um determinado ordenamento são, sim, normas, dotados de eficácia, a veicular os valores básicos desse ordenamento, ou, ainda, de um subsistema de normas, a conferir, ainda, unidade ao apontado subsistema.

O direito sancionador também tem princípios que lhe são próprios, decorrência do Estado Democrático de Direito. São eles :

- a) da legalidade da Administração : veiculado expressamente pelo artigo 37, caput, da Constituição Federal. Os atos do poder público devem ser expressamente autorizados por lei formal;
- b) da segurança jurídica : não é expresso; a atuação estatal deve ser marcada pela previsibilidade da atuação estatal. “O Estado não pode surpreender o particular, impondo-lhe comportamentos não previstos em

lei prévia ou alterando situações jurídicas já há muito cristalizadas.²⁸⁸.

As regras, portanto, devem ser claras e precisas, permitindo-se aos particulares que saibam como se portar.

c) da proibição do excesso : a exigir moderação no agir, bem como proporcionalidade entre ato e finalidade; decorrem deste os seguintes sub-princípios :

c.1) adequação : que medida estatal seja adequada à finalidade

c.2) necessidade : de adotar medida menos gravosa;

c.3) proporção entre meios utilizados e fins almejados;

d) da proteção jurídica e das garantias processuais : deve-se dispor de meios ao controle de legalidade dos atos; com submissão do Estado à jurisdição, respeitadas as garantias do devido processo. Seja judicial ou administrativo, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sendo certo que a atividade sancionadora não se confunde com atividades reparadoras de danos, ou mesmo atividades levadas adiante no exercício do poder de polícia.

Pois bem, a atividade sancionadora estatuída pelo direito urbanístico sofre necessária incidência dos princípios do direito sancionador, e também de princípios de direito urbanístico. Tem-se, conforme estabelecido pelo ordenamento, regime jurídico peculiar no que toca a tais

²⁸⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004, p. 87.

sanções. Podemos falar que os princípios do direito sancionador são emoldurados pela função social da propriedade urbana.

Como sanções de natureza urbanística, instituídas segundo regras do direito urbanístico, fazemos menção às figuras trazidas pelos incisos I, II e III, do parágrafo 4º, do artigo 182, da Constituição Federal, quais sejam : parcelamento, edificação e utilização compulsórios, IPTU progressivo e desapropriação mediante pagamento em títulos.

São urbanísticas, ainda, sanções outras, instituídas por intermédio do direito urbanístico, com dever de obediência, também, a princípios desse ramo do direito.

Ressaltada, mais uma vez, a inexistência de diferenças ontológicas entre as diversas espécies de sanções, sejam elas penais, administrativas, ou urbanísticas. Diferem, sim, em face do tratamento normativo que lhes é conferido. Tratamento normativo esse, consoante nosso entendimento, que conferiu regramento peculiar às sanções instituídas através de normas de direito urbanístico. Estabelecendo-se um regime jurídico de direito sancionador administrativo urbanístico, que não se confunde com a atividade administrativa sancionadora. Regime jurídico esse emoldurado pela função social da propriedade.

Assim sendo, entendemos que, diante da incidência de princípios do direito urbanístico na atividade sancionadora,

estamos diante de um regime jurídico peculiar. Referido regime traz à tona princípios e fins e que são próprios do direito urbanístico, colocando ao centro das preocupações o cidadão e as funções sociais da cidade, que deveriam servir ao mencionado cidadão (morar, divertir-se, trabalhar, circular). A atuação pública, dado o devido respeito aos princípios constitucionais inerentes ao direito urbanístico, será focada nas soluções apropriadas ao bem-estar dos habitantes. Em especial na atividade sancionadora, extremamente invasiva da esfera de liberdade e patrimonial do cidadão. Mas de suma importância para a busca da eficácia de normas de toda sorte, inclusive urbanísticas.

As sanções não resolverão, sozinhas, os principais problemas de nossas cidades, tais como déficit habitacional, falta de adequação das ocupações, ausência de infra-estrutura e de serviços públicos compatíveis com a demanda.

Mesmo assim, são um poderoso instrumento para, juntamente com outros meios, coibir agressões a bens jurídicos de natureza urbanística de forma rápida. O uso adequado e estritamente legal dos instrumentos sancionadores confere maior legitimidade e credibilidade à atuação administrativa.

O adequado manejo de princípios do direito urbanístico, não só na esfera sancionadora, auxilia na busca de uma adequada solução aos problemas que assolam, em especial, nossas grandes cidades. O cumprimento da função social e a busca pelo bem-estar dos cidadãos deve

nortear a atividade de administradores e legisladores. E, ainda, dos aplicadores da lei, fazendo restabelecer a eficácia de princípios muitas vezes esquecidos. Não escondemos, todavia, nosso ceticismo : temos pela frente, à luz dos problemas postados em nossas cidades, um caminho extremamente árduo. Um caminho que, todavia, há de ser trilhado, dando-se os primeiros passos Com o poder público de mãos dadas com a comunidade, na busca de uma vida mais digna, para as gerações do presente e do futuro.

Bibliografia

ALEXY, Robert. Principios Jurídicos y Razón Práctica. In : *Derecho y Razón Práctica*. 2 reimpr. Corrig. México : Fontanamara, 2002.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Instrumentos da política urbana. In : MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coordenadores). *Estatuto da cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2004.

ATALIBA, Geraldo. IPTU e progressividade. RDP 92/233-238, São Paulo : RT.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7ª edição atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *A sanção premial no direito*. Brasília : Brasília Jurídica, 1999.

BEZNOS, Clóvis. Desapropriação em Nome da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 130.

BEZNOS, Clóvis. *Poder de polícia*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979, p. 76.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3ª edição revista. São Paulo : Edipro, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição. Brasília : Universidade de Brasília, 1999.

BUENO, Vera Scarpinella. Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios da Propriedade Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª edição. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (2ª reimpressão). Coimbra : Almedina, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 12ª ed. rev, Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2005.

CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Volume I, 2ª edição. Coimbra : Almedina, 2004.

COSTA, Regina Helena. Instrumentos Tributários para a Implementação da Política Urbana. In : DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.

COSTA, Regina Helena. Princípios de Direito Urbanístico na Constituição de 1988. In : *Temas de Direito Urbanístico – 2*. In : DALLARI, Adilson Abreu e (Coord). São Paulo : RT, 1991.

DERSHOWITZ, Alan. *Rights from wrongs. A secular Theory of the Origins of Rights*. New York, Basic Books, 2005.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Competências urbanísticas. In : *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. In : DALLARI, Adilson Abreu e (Coord.). São Paulo : Malheiros, 2003.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri, SP : Manole, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7ª edição, revista atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo administrativo no Estatuto da Cidade. In : *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. In : DALLARI, Adilson Abreu e (Coord.). São Paulo : Malheiros, 2003.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo : Malheiros, 2001.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume 7. Artigos 193 a 245. São Paulo : Saraiva, 1995.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo e FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Novena edición, Madrid : Civitas, 2004.

- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e PAREJO ALFONSO, Luciano. *Leciones de derecho urbanístico*. 2ª ed., 1981, Ed. Civitas, Madrid.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8ª edição revista de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo, 1. tomo : Parte general*. 7ª ed., Belo Horizonte : Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2. La defensa del usuario y del administrado*. Quinta edición. Belo Horizonte : Del Rey, 2003, p. V-1, e seguintes.
- GOYTRE, Ricardo Estévez. *Manual básico de derecho urbanístico*. Granada : Comares, 2002.
- GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid : Trotta, 2006.
- GUIMARAENS, Maria Etelvina B. . Instrumentos de garantia da função social da propriedade urbana: parcelamento e edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação para fins de reforma urbana. In : OSÓRIO, Leticia Marques (Org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana : Novas Perspectivas para as Cidades Brasileiras*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- GUTIÉRREZ, José Manuel Arredondo. *Las infracciones urbanísticas*. Granada : Comares, 1995.
- GUTIÉRREZ, José Manuel Arredondo. *Las infracciones urbanísticas en la legislación de Andalucía. (Doctrina, jurisprudencia y formularios)*. Granada : Comares, 2004.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Tese de mestrado em direito. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. “Competência Comum, Concorrente e Supletiva em Matéria de Meio Ambiente”, Palestra – Reunião da Câmara Técnica, Conama, Maceió, 27.7.96.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade : de acordo com o novo código civil e com o Estatuto da Cidade*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : RT, 2005.

- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Normas gerais de direito urbanístico*. Revista de direito administrativo. Volume 239 – janeiro/março 2005 Rio de Janeiro : Renovar.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 1995.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adílson Abreu Dallari e Daniela Libório di Sarno. São Paulo : Malheiros, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14ª edição, atualizada por Márcio Schneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo : Malheiros, 2006.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2004.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo : Malheiros, 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios Constitucionais Fundamentais – Uma digressão prospectiva. In : VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coordenadores). *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo : Lex, 2005.
- MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade : anotações à Lei 10.257, de 109 de julho de 2001*. São Paulo : Saraiva, 2001.
- NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición totalmente reformada. Madrid : Tecnos, 2006.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

- POPPER, Karl. *La lógica de la investigación científica*, Madrid : Tecnos, 1973, pp. 260-261; POPPER, Karl. *The Open Universe. An argument for Indeterminism*, Londres : Routledge, 1991.
- RODRIGUES, Antonio José. *Loteamentos ilegais. Áreas urbanas de gênese ilegal – AUGI*. Coimbra : Almedina, 2000.
- ROXIN, Claus. ¿ Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal ? . In : HEFENDEHL, Roland (Ed.) . *La teoría del bien jurídico. ¿ Fundamento de legitimación de Derecho penal o juego de abalorios dogmático ?* Madrid : Marcial Pons, 2007.
- RINCÓN, Jose Suay. *Sanciones administrativas*. Studio Alboroniana. Bolonia : Publicaciones del Real Colegio de España, 1989.
- ROSSO, Maximiliano. Competências urbanísticas. In : *Manual prático da Promotoria de Justiça e Habitação e Urbanismo*. Daniel Roberto Fink e outros (coordenadores). São Paulo : Imprensa Oficial, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Oitava edição, revista e atualizada. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- SAULE, Nelson. O Plano Diretor e as Zonas Rurais. In : SANTORO, Paula (Org.); PINHEIRO, Edie (Org.). *O município e as áreas rurais*. São Paulo : Polis, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª edição, revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4ª edição, revista e atualizada. São Paulo : Malheiros, 2006.
- SILVA, José Afonso da. Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana. *Revista de Direito Público*. São Paulo, 1980.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Desapropriação*. São Paulo : RT, Coleção Constituição de 1988 – Primeira Leitura, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In : DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coordenadores). *Temas de direito urbanístico*. São Paulo : RT, 1987.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais. In : DALARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. RTDP, n.1, 1993.

VARAS IBÁÑEZ, Santiago González. *La reparación de daños causados a la administración*. Barcelona : Cedecs, 1998.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo : Malheiros, 2003.

YAMASHITA, Douglas. Estado democrático de direito no sistema constitucional. In : VELLOSO, Carlos Mário da Silva. ROSAS, Roberto. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coordenadores). *Princípios Constitucionais Fundamentais : estudos em homenagem ao professor Ives Gandra Martins*. São Paulo : Lex, 2005.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)