

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

– PUC/SP

Júlia Maria Plenamente Silva

O planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Júlia Maria Plenamente Silva

O planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração Direito Urbanístico-Ambiental, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

Esta dissertação é dedicada aos meus pais, Eli e Maria da Graça, e aos meus avós, Oswaldo e Elda, e ao meu noivo Felipe.

Em primeiro lugar agradeço a Deus, por iluminar o meu caminho nesses anos dedicados ao mestrado, garantindo-me forças diante dos momentos mais difíceis.

Agradeço aos meus pais, Eli e Maria da Graça, e avós Oswaldo e Elda, pela sólida base que construíram para a minha formação.

Agradeço ao meu noivo Felipe, pela cumplicidade e pelo amor que me dedicou nesta árdua jornada.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Doutor Márcio Cammarosano, de quem eu tive o privilégio de ser orientada e aluna e tenho o privilégio de ser amiga, por suas observações que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho e por seus ensinamentos jurídicos que revelam o brilhantismo de uma abordagem que representa evolução para o estudo do Direito.

Agradeço às queridas amigas Flávia Cammarosano e Mariana Mencioni pela amizade e companheirismo e pela bibliografia que indicaram e forneceram para a elaboração desta dissertação.

E por fim, agradeço à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, instituição da qual faço parte, por estimular o estudo científico de seus integrantes, de maneira a aprimorar a defesa do interesse público, na pessoa dos Procuradores Hélio Ozaki Barbosa, Carlos Eduardo Queiroz Marques e René Zamlutti Junior, amigos que acompanharam e incentivaram minha trajetória acadêmica.

Júlia Maria Plenamente Silva

O planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado

Resumo

O trabalho consiste na análise do planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado. Todo o processo de planejamento é direcionado à realização de um plano urbano específico que atenda a determinado interesse público decorrente do ordenamento jurídico. O processo de planejamento compreende a elaboração do plano e a sua subsequente execução. Assim, a elaboração e a execução do plano de urbanização são deveres do Estado, além de sua revisão periódica. A execução do plano passa por um problema peculiar, relacionado à vinculação ou não às disposições do plano, uma vez que seu caráter prospectivo pode ensejar a sua execução de maneira diversa, ou ainda, a sua não-execução, configurando-se hipótese de exercício de competência discricionária do administrador. Caso se verifique, contudo, que o administrador não realiza os deveres jurídicos decorrentes do planejamento urbano, consistentes na elaboração, na execução e na revisão do plano, consequências jurídicas, ora direcionadas ao ato ou omissão ilegais produzidos, ora direcionadas ao sujeito por elas responsável, poderão ser aplicadas com base no ordenamento jurídico.

Palavras-chave: planejamento urbano – interesse público – dever jurídico.

Júlia Maria Plenamente Silva

The urban planning as a State law duty

Abstract

The work intends to study the urban planning as a State law duty. All the planning process is guided to accomplish a specific urban plan that serves a determined public interest resulting from the law system. The planning process includes the plan preparation and its future execution. Therefore, the plan preparation and execution are State duty, besides its periodic revision. The plan execution has a peculiar problem, that consists in the submission or not to the plan dispositions, because of the its prospectus quality, that can induces a different execution, or no execution, hypothesis that is in conformity with the exercise of discretion competence of the public administrator. However, in case of the administrator doesn't do the law duties concerning of the urban planning, like preparation, execution and revision, law consequences, sometimes directed to the illegal act or omission producted, sometimes directed to the responsible person, will can be applied basis on the law system.

Key-words: urban planning – public interest – law duty.

SUMÁRIO

Introdução	10
2 Relações entre direito administrativo e direito urbanístico	13
2.1 Estado de Direito	13
2.2 Interesse público	22
2.3 Regime jurídico-administrativo	30
2.4 Relações entre direito administrativo e direito urbanístico	39
3 Planejamento urbano como instrumento do direito urbanístico	53
3.1 Planejamento econômico	53
3.2 Planejamento urbano	58
3.3 Plano diretor	80
3.3.1 <i>Considerações iniciais</i>	80
3.3.2 <i>Política urbana</i>	81
3.3.3 <i>Regime jurídico do plano diretor</i>	84
3.4 Planos de urbanização	99
4 Planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado	104
4.1 Dever jurídico	104
4.2 As fases do planejamento urbano	111
4.3 O dever de elaboração do plano	116
4.4 O dever de execução do plano	125
4.5 O dever de revisão periódica do plano	147
5 Conseqüências do descumprimento dos deveres jurídicos relacionados ao planejamento urbano	154
5.1 Considerações iniciais	154
5.2 Conseqüências do descumprimento dos deveres jurídicos de elaboração e revisão do plano	156
5.2.1 <i>Ato ilícito</i>	156
5.2.1.1 <i>Improbidade administrativa</i>	160
5.2.1.1.1 <i>Considerações iniciais</i>	160
5.2.1.1.2 <i>Princípio constitucional da moralidade administrativa</i>	162
5.2.1.1.3 <i>O conteúdo jurídico da improbidade administrativa</i>	165
5.2.1.2 <i>Outras formas de recomposição da ordem jurídica decorrentes de atos ilícitos</i>	180
5.3 Conseqüências do descumprimento do dever jurídico de execução do plano	185
5.3.1 <i>Ato ilegal</i>	185
5.3.2 <i>Mecanismos de recomposição da ordem jurídica</i>	186

5.3.2.1 <i>Controle de legalidade dos atos administrativos</i>	190
5.3.2.2 <i>Descumprimento do dever de execução do plano por conduta comissiva da Administração</i>	198
5.3.2.3 <i>Descumprimento do dever de execução do plano por conduta omissiva da Administração</i>	201
Conclusão	203
Referências bibliográficas	215

Introdução

O trabalho visa analisar o planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado. Tal estudo revela-se importante, pois todo o processo de planejamento, e as disposições nele contidas, direciona-se à realização de um plano de urbanização que atenda a determinado interesse público decorrente do ordenamento jurídico. O processo de planejamento compreende a elaboração do plano, a sua subsequente execução, além de uma revisão periódica. Assim, cada uma dessas etapas é dever do Estado decorrente do planejamento urbano.

Será conferido especial destaque ao dever jurídico de execução do plano, que será analisado sob o parâmetro da vinculação e da discricionariedade. Desse modo, será dado enfoque ao que a doutrina entende por discricionariedade, se ela existe e em que medida no momento da execução do plano.

Por ser o planejamento elaborado com vistas à execução futura, e não aplicação imediata, o que o qualifica como prospectivo, o campo para o exercício de competência discricionária torna-se, pelo menos em tese, mais amplo em comparação com a aplicação de norma de outro conteúdo. Assim, o administrador, ao executar o plano, deverá primeiramente analisar se as circunstâncias que levaram a sua elaboração, e culminaram na eleição de determinado interesse público a ser alcançado, ainda persistem e justificam a execução das medidas ali descritas. Poderá o administrador, portanto, a partir das disposições previstas no plano analisadas à luz de todo o sistema jurídico, concluir que, tendo em vista a realidade existente à época de sua execução, outras medidas sejam mais eficazes para o alcance da conjugação entre o interesse público previsto na finalidade da lei e aquele demandado no caso concreto. Pretende-se, portanto, analisar a forma como o interesse público interfere na execução do planejamento urbano.

Ademais, o estudo recairá sobre as conseqüências do descumprimento dos deveres decorrentes do planejamento urbano. Serão examinadas as conseqüências que o ordenamento jurídico prevê para o

descumprimento dos três deveres decorrentes do planejamento urbano: elaboração, revisão e execução do plano.

Os deveres de elaboração e revisão do plano, quando descumpridos, sujeitam-se ao mesmo tipo de sanções, quais sejam, aquelas previstas na Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, conforme previsão do art. 52, VI e VII da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, que recaem em face dos agentes responsáveis pela elaboração e pela revisão.

Já o descumprimento do dever de execução do plano não apresenta conseqüências de tal ordem. Caso um ato administrativo seja produzido em desacordo com as determinações do plano, ou ainda, caso o plano não seja executado, a ordem jurídica prevê conseqüências em face do próprio ato ou da omissão ilegais praticados, visando a recomposição da ordem jurídica violada.

Para o desenvolvimento do trabalho, será necessária uma abordagem inicial acerca das relações existentes entre direito administrativo e direito urbanístico, pois é aquele o ramo do Direito que fornecerá o instrumental indispensável para a aplicação das normas de direito urbanístico. Antes de tratar de tais relações, todavia, será imprescindível estabelecer premissas sobre o Estado de Direito, o interesse público e o regime jurídico-administrativo.

Em seguida, a análise recairá sobre o planejamento urbano enquanto instrumento do direito urbanístico, com foco para sua definição, natureza jurídica, espécies e planos de urbanização, como decisão que encerra o processo de planejamento. Por encontrar raiz constitucional no art. 182, § 1º, será conferida especial atenção ao regime jurídico do plano diretor.

Estabelecidas as linhas gerais sobre o planejamento, o exame será direcionado para a maneira pela qual ele se apresenta enquanto dever jurídico, sobre o qual serão traçadas as linhas gerais sobre o conceito, tanto na teoria geral do Direito como no direito administrativo. Na seqüência, o dever jurídico será tratado de forma específica, já direcionado ao planejamento urbano, com as seguintes divisões metodológicas: dever jurídico de elaboração do plano; dever jurídico de execução do planejamento, hipótese na qual será abordada a temática referente à vinculação aos dispositivos do plano; e, por fim, dever jurídico de revisão periódica do plano.

O último capítulo será destinado ao estudo das conseqüências previstas no ordenamento jurídico em caso de descumprimento dos deveres. O estudo agrupará, por primeiro, as conseqüências em face do descumprimento dos deveres de elaboração e revisão do plano, por serem de mesma natureza, e, por fim, cuidará das conseqüências previstas no ordenamento jurídico para os casos de descumprimento do dever de execução do plano.

2 Relações entre direito administrativo e direito urbanístico

2.1 Estado de Direito

Para realizar o estudo das relações entre direito administrativo e direito urbanístico é necessário analisar, como premissa elementar, a origem e o que se entende por Estado de Direito, uma vez que é dele que decorrem as normas jurídicas de direito público, das quais fazem parte as normas jurídicas de direito urbanístico e de direito administrativo, que submetem tanto o Estado como os indivíduos que dele fazem parte.

A idéia de Estado, e sua evolução para o Estado de Direito, está intimamente relacionada à idéia de Constituição, sem a qual não se concebe o Estado de Direito, razão pela qual a teoria da Constituição e a história do constitucionalismo tangenciarão a abordagem.¹ Também se verifica, com a evolução e a consolidação do Estado de Direito, o surgimento do princípio da legalidade,² que servirá como base para o desenvolvimento deste estudo.

Desde o surgimento das primeiras comunidades humanas, verifica-se a necessidade de se formar uma organização social estatal que buscasse alcançar as melhores soluções para todos, ainda que não dotada das mesmas características que hoje um Estado possui.

Os hebreus, povo que habitava a região do Oriente Médio no segundo milênio antes de Cristo, foram os primeiros a organizar a sociedade com contornos estatais. A “teocracia” era o regime político vigente, ou seja, os súditos viviam ou pretendiam viver sob o domínio de uma autoridade divina. Nesse sistema, os detentores do poder que estavam na terra eram meramente agentes ou representantes do poder divino.

O regime teocrático dos hebreus caracterizou-se porque o dominador, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela lei do Senhor, que submetia igualmente a governantes e governados: aqui residia a Constituição em sentido material, e tinha início um modelo primitivo de

¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 149-161.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, p. 97-151.

Estado. Os hebreus foram os primeiros que insistiram na limitação do poder secular pela lei moral. Os profetas surgiram como vozes reconhecidas da consciência pública e predicaram contra os dominadores injustos, constituindo-se, assim, na primeira oposição legítima da história da humanidade em face do poder estatal estabelecido.

Posteriormente, registra-se como relevante a concepção de Estado entre os gregos, no período da Grécia Antiga, especialmente no século V, período denominado clássico, em que o sistema político caracterizava-se pela integral identidade entre governantes e governados. Os gregos desenvolveram, assim, um regime político absolutamente constitucional e alcançaram o tipo mais avançado de governo: a democracia constitucional.

Todas as instituições políticas dos gregos refletiam uma profunda aversão a todo tipo de poder concentrado e arbitrário e uma devoção quase fanática pelos princípios do Estado de Direito e de uma ordem regulada democrática e constitucionalmente, assim como pela igualdade e pela justiça.

Mas o fundamentalismo democrático foi, sem dúvida, levado a tal extremo que a assembléia dos cidadãos ativos não se submetia a nenhuma limitação constitucional, exceção feita àquelas inerentes à tradição moral da comunidade. As vantagens da democracia direta grega converteram-se em vícios, o que levou ao fracasso final, pois o povo mostrava-se incapaz de refrear seu próprio poder soberano. Em nenhuma época de sua agitada história, as cidades-Estado gregas alcançaram estabilidade interna.

A República Romana, período compreendido entre 509 a.C., quando o último rei foi deposto, e 27 a.C., quando o Império Romano foi estabelecido, representou o exemplo clássico de uma sociedade estatal que, sendo fundamentalmente constitucional, não cometeu o erro de uma excessiva democratização.

O constitucionalismo republicano, arquétipo clássico para todos os tempos de Estado constitucional, não estruturado necessariamente como democracia plena, desintegrou-se nas guerras civis dos primeiros séculos antes de Cristo e acabou no domínio de César. O cesarismo ficou estabelecido e legitimado com o principado de Augusto, e todos os resíduos da Constituição republicana foram eliminados no Império. Em sua forma final, o Império

constituiu-se no protótipo do absolutismo monárquico com fortes elementos teocráticos, fundado na fusão de autoridade religiosa e secular na figura do imperador.

E, sem dúvida, a influência do constitucionalismo republicano perpetuou-se, mais de uma maneira simbólica que de fato, no dogma da *lex regia*, segundo o qual o domínio absoluto do monarca teria sua fonte originária na delegação do poder político do povo ao imperador.

De acordo com os ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, a denominação *Estado* advém do latim *status*, que significa estar firme, e foi utilizada pela primeira vez na obra *O príncipe* de Maquiavel, escrita em 1513. A partir daí os italianos passaram a utilizá-la para designar uma cidade independente.³

Na segunda e moderna fase do constitucionalismo, o Estado absoluto surge na Europa no início do século XV, juntamente com o surgimento do Renascimento, como forma de romper com o direito consuetudinário, impregnado de privilégios, que vigia no período feudal.⁴

Vigora então a base de uma superioridade substantiva do rei, como comissionado de Deus para o governo humano, em face de quem não se travavam relações jurídicas, pois o governante se eximia do império das leis. O exercício do poder não encontrava limites jurídicos, mas apenas as amarras decorrentes do próprio juízo do rei, detentor da justiça e da razão. Os atos do rei também não estavam sujeitos a qualquer espécie de controle. O Estado era então denominado “Estado de polícia”, no qual os fins justificavam os meios.

A reação ao modelo absolutista sobreveio com as Revoluções Puritana, na Inglaterra, e Francesa, na França, as quais culminaram em diferentes conseqüências para o direito público, conforme se demonstrará a seguir, e deram origem ao Estado Moderno, que rompeu com os modelos até então vigentes.

Com a Revolução Puritana, e suas repercussões nas colônias inglesas da América, surgiu a primeira Constituição escrita. O Acordo do Povo (Agreement of the People, 1647), teoricamente o documento mais influente,

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 51.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, p. 97.

apesar de não se tratar de um ato legislativo formal, mas sim do plano de um grupo privado, deve ser considerado o primeiro projeto de uma Constituição moderna totalmente articulada. O Instrumento do Governo (Instrument of Government, 1654) de Cromwell foi a primeira Constituição escrita válida do Estado Moderno. Posteriormente, os ingleses contentaram-se com a regulação das leis individuais de sua ordem fundamental, e a convicção popular lhes outorgou tanta solenidade constitucional como se estivessem codificadas no documento constitucional formal.⁵

Assim, mesmo com o advento da primeira Constituição escrita, o Direito anglo-saxão ganhava força com a *common law*. O império que se postulava não era o da legalidade, como será observado no modelo francês, mas sim o da autonomia do Judiciário e da conseqüente força normativa da jurisprudência.

O triunfo definitivo do documento constitucional escrito, como sanção solene do constitucionalismo democrático, começou no Novo Mundo, primeiro com as Constituições das colônias americanas, que se transformaram nos Estados soberanos, e depois com a Constituição da União das colônias em 1787.

A exigência de uma Constituição escrita surgiu com plena força na Revolução Francesa, que já dava sinais que o sistema anglo-saxão sofreria algumas variações. Os ideais revolucionários dos franceses colocavam a nação no lugar do rei como titular do poder.

Na Revolução Francesa, o espírito inventivo de Sieyès, ao ampliar o dogma de Locke e Rousseau, expôs a teoria do poder pertencente por direito ao povo. Somente a comunidade poderia dispor sobre si mesma, sem que a soberania pudesse passar a nenhum indivíduo, nenhuma classe ou corporação. A autoridade seria exercida sempre pelo povo, os agentes que atuassem em seu nome seriam ocasionais, temporais, revogáveis, nunca proprietários do poder, o qual seria exercido somente em nome do povo e por sua comissão. Era o princípio básico sobre o poder que a Revolução aportava, qual seja, o do exercício do poder legítimo.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p.153.

A respeito da concentração do poder no povo, destaca-se o seguinte trecho da obra *Do contrato social*:

A fim de que o pacto social não represente, pois, um formulário vazio, compreende ele tacitamente este compromisso, o único que poderá dar força aos outros: aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constrangido por todo um corpo, o que não significa senão que o forçarão a ser livre, pois é, essa a condição que, entregando cada cidadão à pátria, o garante contra qualquer dependência pessoal. Essa condição constitui o artifício e o jogo de toda a máquina política, e é a única a legitimar os compromissos civis, os quais, sem isso, se tornariam absurdos, tirânicos e sujeitos aos maiores abusos.⁶

O passo seguinte, que resultou essencial para todo o conjunto, foi o de que todos esses agentes, que se inseriam na organização pelo juramento, exercitariam unicamente os poderes que a lei previu para a matéria que deveria ser concretizada. Era a idéia capital do governo pela lei.

Para Afonso Rodrigues Queiró:

[...] a idéia rousseauiana da superioridade da lei (vontade geral) postula a existência de uma repartição orgânica de funções, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização das suas funções lhe devam obediência.⁷

Entende o autor, portanto, que o ideal de Rousseau só adquire relevância para o direito público se aliado ao pensamento de Montesquieu a respeito da tripartição das funções estatais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 consagrou, em alguns de seus artigos centrais, o papel essencial que ocupava a lei no cenário que se instalava:

Art. 5º A Lei não tem o direito de proibir mais que as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não está proibido pela Lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser forçado a fazer o que a Lei não ordena.

Art. 6º A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm direito a concorrer pessoalmente, ou por seus representantes, a sua formação. A Lei deve ser a mesma para todos, tanto se protege como se castiga. Todos os cidadãos são iguais perante ela e, portanto, igualmente admissíveis a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção que a de suas virtudes e seus talentos.

Art. 7º Nenhum homem pode ser acusado, detido ou encarcerado senão nos casos determinados pela Lei e segundo as formas que esta prescreva. Os que solicitem, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*, p. 75.

⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Estudos de direito público*, p. 91.

cidadão chamado ou intimado em virtude da Lei deve obedecer no instante: e será culpado se resiste a isso.

Art. 8º A Lei não deve estabelecer mais que as penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém poderá ser condenado senão em virtude de uma Lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.

Como se verifica, já se observava como conteúdo da Declaração alguns princípios que compõem o sistema jurídico brasileiro de forma explícita ou implícita, tais como o princípio da isonomia, da impessoalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, que representam, atualmente, o substrato material do princípio da legalidade em sentido amplo.

Ressalte-se que naquela época não se ventilava a concepção da legalidade em sentido restrito, referente apenas à lei enquanto ato emanado do Poder Legislativo, ou em sentido amplo, referente a todo o sistema jurídico, de forma que abranja desde as normas constitucionais até as normas individuais aplicáveis ao caso concreto. Todavia, ainda que sem essa intenção, o princípio da legalidade foi cunhado, primeiramente, em seu sentido estrito.

Assim, a relação entre o poder que os cidadãos criavam pelo pacto social e esses mesmos cidadãos, que suportavam o exercício desse poder, realizava-se precisamente pela lei e pela Constituição escrita, que representavam a expressão da vontade geral e a garantia da liberdade e dos demais direitos, públicos ou privados, como nunca antes assegurados. A liberdade de cada um era garantida pela lei por intermédio das limitações à liberdade de todos. Os cidadãos deviam obediência à lei e aos governantes, que em nome dela agiam e estabeleciam restrições mínimas.

Os cidadãos poderiam, portanto, exigir responsabilização dos governantes que ultrapassassem os limites impostos pela lei, pois a ofensa à lei representava ofensa aos direitos de todos que a ela se submetiam, além, é claro, de ver declarada a nulidade do ato ilegal. Surgia, então, a responsabilidade do Estado como forma de avaliar a confiança depositada no exercício da função pública. O Estado, assim como os cidadãos, também se submetia ao império da lei.

Nesse sentido, vale transcrever o seguinte trecho da obra Eduardo García de Enterría:

A relação política do cidadão com o poder deixará de ser uma relação de sujeição ou subordinação pessoal, como a do escravo em face de

seu *dominus*, ou como a do filho pequeno à autoridade de seu pai; será, adiante, uma relação jurídica específica porque a Lei não pode formular de novo um princípio geral e abstrato de submissão, mas que há de se referir, necessariamente, a um conteúdo determinado, a uma ação que, ainda que enunciada em termos gerais e abstratos, há de referir-se a uma matéria concreta, a qual se apresenta como uma exceção singular à situação geral de liberdade em que a sociedade civil se constitui e na qual o cidadão está instalado.⁸

O direito público europeu nasce, portanto, do modelo estabelecido pela Revolução Francesa, o qual se repetiu em muitos países, dentre eles o Brasil. Nesse sentido é a observação de Juan Carlos Cassagne, ao destacar o surgimento do direito administrativo:

Ainda que do ponto de vista estritamente material possa-se sustentar que a atividade administrativa existe desde que o homem vive em comunidade organizada, o certo é que a aparição do direito administrativo, enquanto conjunto de normas relativamente sistematizado, orgânico e fundado na justiça é contemporânea ao advento do Estado de Direito.⁹

Todavia, há quem não reconheça no modelo francês de submissão do Estado à lei o surgimento do direito administrativo:

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou *ilusão garantística da gênese*. O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras), representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.¹⁰

⁸ No texto original: “*La relación política del ciudadano con el poder dejará de ser una relación de sujeción o subordinación personal, como la del esclavo a su dominus, o como la del hijo pequeño a la autoridad de su padre; será, en adelante, una relación jurídica específica de simple obediencia a la Ley. Relación específica porque la Ley no puede formular de nuevo un principio general y abstracto de sumisión, sino que ha de referirse necesariamente a un contenido determinado, a una acción que, aunque enunciada en términos generales y abstractos, ha de referirse a una materia concreta, la cual se presenta como una excepción singular a la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye y en la que el ciudadano está instalado*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, p. 110)

⁹ No texto original: “*Aunque desde el punto de vista estrictamente material pueda sostenerse que la actividad administrativa existe desde que el hombre vive en comunidad organizada, lo cierto es que la aparición del derecho administrativo, em cuanto conjunto de normas relativamente sistematizado, orgánico y fundado en la justicia, es contemporánea al advenimiento del Estado de Derecho*”. (CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*, p. 55)

¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p.11.

O entendimento esposado, contudo, não encontra guarida no presente trabalho. A supremacia da lei, advinda com a Revolução Francesa, representou o rompimento do autoritarismo do Antigo Regime. Além disso, permitiu que os cidadãos pudessem travar relações jurídicas com o Estado, na medida em que os direitos que lhe foram reconhecidos eram passíveis de serem por eles exigidos em face dos governantes, que por sua vez passam a ter deveres a serem cumpridos, sob pena de responsabilização. Assim, o Estado de polícia dá lugar ao Estado de Direito. No mesmo sentido, destaca-se o pensamento de Emerson Gabardo:

A história sempre tem mais de um lado e sua constituição em variadas versões é algo para além de prosaico. Ao propor uma diferente origem do Direito administrativo, em certa medida viciada, porque autoritária, a pretensa “nova interpretação” nada mais faz do que recusar a importância tanto do aspecto real quanto da face simbólica da legislação revolucionária e do pensamento liberal francês (sempre pendendo para uma valorização exagerada de tradição utilitarista anglo-americana). Além disso, ignora a relação de sentido inerente ao estabelecimento de uma corrente política que teve forte influência na construção moderna do Direito (mesmo não se esquecendo que esta construção tenha convivido com instituições ainda pré-modernas). Se a teoria tradicional talvez prestigiasse demasiadamente a “metade cheia do copo”, os seus críticos, agora, parecem só enxergar a “metade vazia”.

Querer igualar, como fazem os “novos críticos”, o momento pré-revolucionário com o momento pós-revolucionário, mediante a mera indicação simplista de uma origem do Direito administrativo em práticas autoritárias, é promover um anacronismo. Não se ignora que a realidade política de antes e depois era igualmente arbitrária, porém seria ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma. Os modelos de normatização destas realidades constituem ontologia radicalmente diversa, o que, por si, só, resulta na existência de uma realidade distinta. Afinal, a realidade é composta pela junção entre ser e dever-ser.

O reconhecimento formal de um novo Direito administrativo que se submete à lei e não ao soberano torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação.¹¹

Merece destaque, outrossim, a presença da Constituição, que se converteu no símbolo da consciência nacional e estatal, de autodeterminação e de independência. Nenhuma das nações, nas sucessivas ondas de nacionalismo que inundaram o mundo, desde a Revolução Francesa, deixou, freqüentemente sob graves dificuldades, de se dar uma Constituição escrita. A

¹¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 255.

soberania popular e a Constituição escrita converteram-se, prática e ideologicamente, em conceitos sinônimos.

Nos séculos que se seguiram, o Estado converteu-se em máquina legisladora com pretensões de regular e resolver todas as questões sociais gerais.¹² Os direitos dos cidadãos encontravam-se, pois, legalizados e estatizados. O modelo alcançado, contudo, revelar-se-á, mais adiante, no século XX, opressor e regulador, de forma a tornar a lei um instrumento de abuso do poder, sem garantir a liberdade e os demais direitos, mas ao contrário, tolhendo-os, o que seria agravado pela ausência de mecanismos de controle eficazes para os atos da Administração.

A reação a este retrocesso substantivo, eis que o formalismo da lei prevalecia, deu-se com o reconhecimento dos direitos fundamentais de maneira supralegal, ao atingir o que se entende aqui como princípio da legalidade em sentido amplo, que vai além da lei propriamente dita, bem como com o advento do Estado Social de Direito, o qual não se limita a estabelecer e garantir a liberdade e os direitos individuais, mas se compromete a fazer com que o cidadão efetivamente desfrute e alcance a liberdade e os direitos que lhes são assegurados, o que se viabiliza, em grande parte, por intermédio de uma ação planejada.

Destacam-se, como Constituições marcadamente instituidoras do Estado Social de Direito, a Constituição mexicana de 1917, a alemã de Weimar de 1919 e a brasileira de 1934.¹³

A legalidade estrita não se revela mais suficiente, pois o que importa agora é que a atividade do Estado, além de legal, seja também útil, conveniente e oportuna, conferindo outro conteúdo, agora mais dinâmico, ao princípio da legalidade, que se aproxima do interesse público.¹⁴ O princípio da legalidade assume, portanto, contornos mais amplos, de modo que o fundamento para a atuação estatal é extraído de todo o ordenamento jurídico e principalmente da Constituição, e não mais apenas da lei em sentido estrito.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, p. 123.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, p. 65.

¹⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 29 e 36.

A Constituição assume, definitivamente, a posição de documento garantidor dos direitos fundamentais, além de delinear o contorno do Estado e estabelecer os limites de sua atuação. Por tal razão é que se considera a Constituição como a primeira e principal fonte de aplicação do Direito. O Estado, denominado Estado de Direito por encontrar amarras na lei, ainda hoje recebe tal denominação, mas não apenas em decorrência de sua submissão à lei em sentido estrito, mas a sua submissão à Constituição e às normas jurídicas que nela encontram seu fundamento de validade.

O Estado “Constitucional” de Direito é, ainda hoje, apesar de a globalização econômica tender a flexibilizar o modelo, instituição indispensável à consecução das relações jurídico-administrativas, sempre em busca da realização do interesse público, que representa, em última análise, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão positivados na Constituição.

2.2 Interesse público

É imprescindível fixar o que se entende por interesse público, pois nele se encontra a finalidade da atuação do Estado, ou seja, para atingir determinado interesse público, previsto no ordenamento jurídico, é que o Poder Público exerce suas funções.

Em especial no que interessa ao presente trabalho, a noção de interesse público revela-se indispensável, pois dado o seu dinamismo, pode ser que se justifique a não-realização da atuação estatal, conforme o que fora anteriormente planejado, em virtude do advento de outro interesse público diverso do originalmente fundamentado pelo planejamento.

A atuação administrativa deve ser contínua, ainda que seu fundamento possua outro conteúdo, diferente do anteriormente previsto, e que direcione a ação para outras vias, as quais também atendam ao interesse público. O que não se aceita, contudo, é a omissão pura e simples na execução da atividade que fora planejada pelo fato do interesse público inicialmente contemplado pela lei ter deixado de existir. Em tais casos, como se verá adiante, será necessária a revisão do plano, a fim de qualificar, por intermédio de uma norma jurídica, o interesse público a ser perseguido naquela

oportunidade. O interesse público poderá se revestir de outro conteúdo, mas nunca deixará de existir, pois orienta toda a ação administrativa.

O vocábulo *interesse* é derivado do verbo latino *intèrest* que significa importar, ser do interesse de, pertencer. Representa a intimidade das relações entre as pessoas e as coisas, de maneira que aquelas detêm sobre estas poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas.¹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que é importante fixar o conceito jurídico¹⁶ de interesse público para encontrar o conteúdo do regime jurídico-administrativo, estruturado nos princípios de sua supremacia sobre o interesse privado e de sua indisponibilidade.¹⁷ O interesse público, portanto, é o objeto ao qual se referem os princípios norteadores das normas jurídicas que compõem o direito administrativo.

Todavia, ainda segundo o autor, não se trata de uma noção simples, extraída naturalmente. A primeira premissa que se formula, com relação ao interesse público, para em seguida ser afastada, é a de que o interesse público é aquele que se opõe ao privado, pois reflete o interesse da sociedade, que não se confunde com o dos indivíduos que a integram.

Verifica-se, também, como premissa inicial, o pensamento daqueles que defendem ser o interesse público o somatório dos interesses privados. Corresponderia ao interesse público, então, o interesse da maioria do povo:

É a presença dos interesses individuais coincidentes e compartilhados por um grupo quantitativamente preponderante de indivíduos, o que dá lugar, deste modo, a um interesse público, que surge como interesse de toda a comunidade, sendo indiferente começar a discutir, por ora, se a coincidência social ou coletiva expressada deve se imputar a um ente extra ou supraindividual, que na realidade não existe, ou se deve reconduzi-las a consciências individuais, que são as que valorizam e desejam o interesse, que se faz público através de sua somatória.¹⁸

¹⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*, p. 442.

¹⁶ Segundo Lourival Vilanova: “Naturalmente todo tipo de objeto comporta um modo de estar cognoscitivamente com ele. Se são físicos, seu dar-se imediatamente ocorre na experiência intuito-sensorial. Se são lógicos, numa experiência adequada ao ser do lógico. A experiência sensorial da linguagem é em atos de experiência do ser físico. Fundados nesses atos, vêm os atos de apreensão dos conceitos, dos juízos e raciocínios, para falarmos em terminologia clássica. A experiência lógica é fundada em atos de experiência dos entes físicos como *símbolos* (da linguagem natural, ou da linguagem tecnicamente construída) que remetem às variadas formas-de-significação. Os conceitos são os *referentes*, apoiados nos suportes físicos das palavras, cujos *relata* são os objetos”. (VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 44)

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 58-69.

¹⁸ No texto original: “*Es a presencia de esos intereses individuales coincidentes y compartidos por un grupo cuantitativamente preponderante de individuos, lo que da lugar, de esse modo,*

Cuida-se do pensamento do doutrinador argentino Héctor Jorge Escola, que apesar de identificar o interesse público como a maioria dos interesses privados, aproxima-se do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que a existência do interesse público possibilita a realização dos interesses particulares protegidos pelo sistema jurídico.¹⁹

Esclarece o autor brasileiro que quando se entende ser o interesse público transcendente ao interesse de cada um, sem investigar no que consiste este aspecto, mais amplo, cria-se a falsa idéia do antagonismo entre interesse público e interesses individuais, razão pela qual as premissas lançadas e comumente adotadas pela doutrina devem ser afastadas.

Nesse sentido, para o autor, o certo seria acentuar que “o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação”²⁰.

Assim, de acordo com o pensamento do autor, o interesse público nada mais é que a dimensão pública dos interesses particulares, o que leva à afirmação de que não há interesse público que seja discordante dos interesses de cada membro da sociedade, de maneira que se verifica uma relação indissolúvel entre interesse público e interesses individuais.

A noção de interesse público, portanto, extrai-se dos interesses individuais, não daqueles considerados singularmente, mas daqueles interesses dos cidadãos que fazem parte da sociedade, institucionalizada juridicamente no Estado, daí a razão de se tratar do Estado de Direito na seção anterior.

O interesse público, em última instância, dispõe-se a realizar interesses individuais, por intermédio da atuação estatal, o que justificará um regime jurídico diferenciado daquele destinado à resolução de conflitos entre individuais unicamente.

a un interés público, que surge como un interés de toda la comunidad, siendo indiferente entrar a discutir, por ahora, si la conciencia social o colectiva expresada debe imputarse a un ente extra o superindividual, que en la realidad no existe, o si debe reconducírsela a las conciencias individuales, que son las que valoran y quieren el interés, que se hace público a través de su sumatoria’ (ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 238).

¹⁹ Ibid., p. 235.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 59.

Sobre a aproximação entre interesse público e individual, encontra-se no Direito português o entendimento de João Caupers:

O interesse público é o interesse de uma comunidade, ligado à satisfação das necessidades colectivas desta (o “bem comum”); a variabilidade e o crescimento destas necessidades constituem uma das características do Estado social de direito, determinando, por seu turno, a expansão quantitativa e qualitativa dos interesses públicos, com a crescente dificuldade da distinção entre estes e os interesses privados.²¹

Também se mostra relevante para a compreensão do conceito jurídico de interesse público a concepção ampla ou estrita do princípio da legalidade. Isso porque o interesse público, em primeiro lugar, está em cumprir a lei, ou seja, todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, já que esse abriga o que foi eleito pela sociedade, por intermédio de seus representantes parlamentares, como interesse público. Atinge-se, portanto, o interesse público com o cumprimento do princípio da legalidade em sentido amplo, correspondente a todo o sistema de normas jurídicas, classificadas segundo a hierarquia: Constituição, leis e normas gerais ou individuais emanadas da administração; e, ainda, segundo o grau de generalidade e abstração, princípios e regras.

Nesse sentido é o pensamento de Héctor Jorge Escola:

Um dos resultados mais importantes do estabelecimento do Estado de direito, por suas grandes conseqüências diretas e indiretas, foi a formalização do princípio da legalidade, aplicado a toda atividade da administração pública, princípio que significa a submissão desta ao bloco jurídico, incluída aquela parte que a própria administração se coloca a conformar.

Este “bloco de legalidade” encontra-se assim integrado não somente por leis formais, emanadas do órgão legislativo, como em princípio se considerou, mas também por princípios e normas constitucionais e por normas de direito material que a própria administração tenha estabelecido, tudo de maneira coerente com o princípio que rege e fixa a escala de hierarquia entre as distintas normas componentes: normas constitucionais, leis formais, leis materiais, todas as quais têm que conformar um quadro inter-relacionado e coerente.²²

²¹ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*, p. 65.

²² No texto original: “*Uno de los resultados más importantes del establecimiento del Estado de derecho, por sus grandes consecuencias directas e indirectas, fue la formulación del principio de la legalidad, aplicado a toda la actividad de la administración pública, principio que significa el sometimiento de ésta al bloque jurídico, incluída aquella parte que la misma administración concurre a conformar.*”

Ese ‘bloque de la legalidad’ se encuentra así integrando no solo por las leyes formales, emanadas del órgano legislativo, como en un principio se lo considero, sino también por los principios y normas constitucionales y por las normas de derecho material que la propia administración haya establecido, todo ello de manera acorde con el principio que rege y fija la

Assim, ainda que a atuação administrativa decorra da lei em sentido estrito, o que é uma das características do exercício da função administrativa, o conteúdo dessa atuação deverá, obrigatoriamente, ser o produto da interpretação dos princípios e das regras de todo o sistema jurídico, a partir da Constituição Federal.²³

Acrescente-se ainda que a previsão do interesse público no ordenamento jurídico permite o controle da atuação estatal por parte dos cidadãos, que devem zelar pelo cumprimento do interesse público enquanto membros da sociedade.

Héctor Jorge Escola discorre sobre a existência de interesses públicos de diversos graus no ordenamento jurídico, a depender da posição hierárquica ocupada pela norma jurídica que os prevê.²⁴

No Direito brasileiro, a primeira fonte normativa a que se deve debruçar para encontrar quais os interesses públicos a serem alcançados pelo Estado é a Constituição Federal. Nesse sentido é o entendimento de Emerson Gabardo:

A perspectiva contemporânea e que é suscitada simultaneamente ao Estado social interventor do pós-guerra decorre de uma visão conceitual do Direito administrativo pautada no seu regime jurídico (portanto, mediante a identificação de um interesse público que é encontrado não diretamente na vontade do povo ou na ontologia da solidariedade social, mas sim nos termos de um sistema constitucional positivo e soberano, cujo caráter sociointerventor precisa conviver em um equilíbrio complexo com direitos subjetivos).²⁵

escala de jeraquía entre las distintas normas componentes: normas constitucionales, leyes formales y leyes materiales, todas las cuales tienen que conformar un cuadro interrelacionado y coherente". (ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del derecho administrativo, p. 57)

²³ Sobre a necessidade da concepção do Direito enquanto sistema e de sua interpretação a partir da Constituição da República, merece destaque o pensamento de Geraldo Ataliba: "A compreensão de toda e qualquer instituição de direito público, positivamente adotada por um povo, depende da prévia percepção dos princípios fundamentais postos na sua base por esse mesmo povo, na sua manifestação política plena: a Constituição.

Sendo o Direito um sistema, torna-se mais fácil apreender o conteúdo, sentido e alcance de seus institutos e normas em função das exigências postuladas por esses princípios. Olvidar o cunho sistemático do Direito é admitir que suas formas de expressão mais salientes, as normas, formam um amontoado caótico, sem nexos, sem harmonia, em que cada preceito ou instituto pode ser arbitrária e aleatoriamente entendido e aplicado, grosseiramente indiferente aos valores jurídicos básicos resultantes da decisão popular". (ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p. 15)

²⁴ ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, p. 259.

²⁵ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, p. 285.

Assim, o respeito aos direitos individuais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, por exemplo, o direito de propriedade (inciso XXII) e a função social da propriedade (inciso XXIII), representa o alcance do interesse público prestigiado constitucionalmente, que possui grau maior, ou maior relevância, que os direitos assegurados unicamente na lei. Nesse caso, em que tanto a propriedade privada como a função social da propriedade são consideradas direitos fundamentais do cidadão, o conteúdo do interesse público estará no equilíbrio, ou na ponderação, como prefere parte da doutrina,²⁶ de ambos, e, como ambos decorrem de norma constitucional, um não pode se subsumir ao outro. Verificada a necessidade, contudo, do sacrifício do direito de propriedade do cidadão, para que prevaleça um interesse público, ser-lhe-á devido o pagamento de indenização pelo prejuízo sofrido, seja parcial ou total, hipótese esta em que haverá a desapropriação do direito (art. 5º, XXIV), pois o interesse público não é fundamento para aniquilar direito individual, de maneira que confisque a propriedade.

O interesse público que se persegue com a aplicação das normas de direito urbanístico é, em linhas gerais, a ordenação do território de um município com vistas ao desenvolvimento das funções sociais da cidade, consistentes em habitação, trabalho, circulação e lazer. Tal interesse é extraído da interpretação sistemática do art. 182 da Constituição Federal, que cuida da política de desenvolvimento urbano. Assim, quando se fala em direito urbanístico, o interesse público mais relevante a ser atingido está na ordenação do território de um município para o alcance das funções sociais da cidade, uma vez que se trata de matéria constitucional. As demais normas jurídicas de direito urbanístico serão produzidas visando o alcance das funções sociais da cidade como objetivo final, porém com certas especificidades que a aplicação ao caso concreto demandará.

²⁶ A ponderação, ou sopesamento, é a denominação dada por Robert Alexy à solução do conflito entre princípios. Segundo o autor, se dois princípios colidem, um deles deverá ceder, o que não significa que aquele que prevalecer invalidará o outro. Um princípio terá precedência em face do outro sob determinadas condições, sem haver exclusão de um ou de outro quando da aplicação ao caso concreto. Assim, o exercício da ponderação não se confunde com o exercício da subsunção, que se aplica às regras, normas jurídicas que expressam razões definitivas, de forma que, havendo conflito entre elas, apenas uma prevalecerá no caso concreto, com exclusão da outra (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 93).

O ordenamento jurídico prevê quais serão os interesses a serem perseguidos pelo Estado enquanto garantidor dos direitos da sociedade, os quais são denominados interesses primários.²⁷ Tais interesses não correspondem necessariamente aos do Estado, enquanto pessoa jurídica, os quais são denominados interesses secundários. Entretanto, o Estado somente poderá defender seus interesses secundários, que não são interesses públicos, quando coincidirem com o público primário, ou seja, servirão os interesses secundários como instrumentos para a consecução do interesse público primário, razão de ser do Estado. Assim, o Estado somente deverá considerar, em sua atuação, a busca da realização dos interesses primários, e atingirá os interesses secundários apenas de forma indireta.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, portanto, aquilo que se entende por interesse público, enquanto categoria jurídica, encontra-se definido e não sofrerá mutações; todavia, o conteúdo do interesse a ser qualificado pelo ordenamento jurídico encontrará variações, por se tratar de conceito jurídico indeterminado.²⁸

O conteúdo do interesse público será mutável de acordo com circunstâncias políticas, econômicas, sociais, morais, ambientais, entre outras, as quais, analisadas à luz do ordenamento jurídico, assumirão posição preponderante em relação às demais, com possibilidade de alteração do conteúdo jurídico do interesse público. Ressalte-se que não basta a simples ocorrência de determinado fato para que haja a alteração do interesse público no plano jurídico. Assim, o fato observado no mundo físico deverá encontrar correspondente normativo no ordenamento jurídico, de forma que garanta certa segurança jurídica.

Marçal Justen Filho entende que a indeterminação dá margem à aplicação desnaturada do conceito de interesse público, enquanto categoria jurídica, e que se verifica a alteração desse conceito ao longo da evolução da sociedade. Por tal razão, sugere que o interesse público, objeto dos princípios norteadores do direito administrativo, seja substituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana, por ser o homem o valor de mais alta hierarquia

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 65-9, e ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*.

²⁸ *Ibid.*, p. 67.

no ordenamento jurídico, e que sirva este de fundamento para todos os demais princípios.²⁹

Nesse sentido, assim afirma o autor:

Nenhum governante pode legitimar suas decisões através da pura e simples invocação ao interesse público. Será necessário, sempre, demonstrar como os efeitos concretos da decisão conduzirão à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o espírito do ordenamento jurídico.³⁰

A indeterminação do conteúdo do interesse público, contudo, não deve ser confundida com a sua conceituação enquanto categoria geral, ou seja, a indeterminação não reside no fato do interesse público ser uma dimensão dos interesses particulares dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade, conceito este que se encontra definido, mas no conteúdo que lhe será atribuído pelo ordenamento jurídico. Assim, a indeterminação não autoriza que o legislador qualifique como interesse público aquilo que corresponda a um interesse setorizado, de partido, de governante ou meramente individual, sem que se tenha como parâmetro o conceito de interesse público.

Os limites jurídicos à indeterminação do conteúdo do interesse público estão no próprio conceito que se tem de interesse público enquanto categoria jurídica. É claro que a mera alusão ao interesse público, sem identificação de seu conteúdo, não basta para a atuação estatal, que deve ser sempre motivada por princípios e regras decorrentes do ordenamento jurídico, entre eles no princípio da dignidade da pessoa humana, mas caso seja qualificado como interesse público algo que não corresponda ao seu conceito, a Administração não deverá atuar, pois ela somente está autorizada a atuar diante de autêntico interesse público.

Por tal razão é que a expressão *interesse público* não é vazia de conteúdo, que é extraído do ordenamento jurídico e não se trata de uma “carta em branco” conferida aos governantes, que permite desmandos de toda ordem. Assim, antes de justificar uma atuação ilegal, o interesse público fixado em lei serve como parâmetro de controle para verificar se a atuação estatal possui por finalidade sua persecução.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, p. 115-36.

³⁰ *Ibid.*, p. 130.

A dignidade da pessoa humana, outrossim, é conceito tão indeterminado quanto o de interesse público, razão pela qual o problema apontado pelo autor persistirá caso o princípio da dignidade da pessoa humana seja considerado fundamento do regime jurídico-administrativo.

Não se nega aqui a importância que a dignidade da pessoa humana possui no ordenamento jurídico brasileiro, em especial porque positivada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, logo no art. 1º, III, da Constituição Federal; ao contrário, por possuir extrema relevância, entende-se que a dignidade da pessoa humana, tal como posta na Constituição, deve orientar todo o ordenamento jurídico, inclusive as relações privadas. Não há, portanto, nenhuma nota caracterizadora que torne o princípio da dignidade da pessoa humana estrutura passível de identificar o regime jurídico-administrativo, apartando-o do regime jurídico das demais ciências do Direito, ao contrário do que ocorre com o interesse público.

Assim, o interesse público fundamenta os princípios basilares do regime jurídico-administrativo, pois serve de conteúdo aos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, o que não ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana, que orienta todo o ordenamento jurídico, inclusive o regime jurídico-privado.

O interesse público não afasta a idéia extraída do princípio da dignidade da pessoa humana de que o homem deve estar no centro de tudo; ao contrário, por ser a dimensão pública dos interesses privados, o interesse público não se dissocia, em última análise, da figura do indivíduo, a quem se direciona toda a atuação estatal.

2.3 Regime jurídico-administrativo

O regime jurídico de uma determinada ciência corresponde ao conjunto de normas jurídicas que lhe fornece identidade própria para diferenciá-la dos demais objetos de conhecimento. Trata-se, portanto, de tema indispensável ao estudo científico de determinado ramo do conhecimento e

possibilita a identificação dos institutos jurídicos como pertencentes a determinada disciplina.

O estudo deve, assim, partir do regime jurídico, ou seja, das estruturas normativas referentes a certo objeto, para chegar ao instituto jurídico que se deseja aprofundar o exame. Assim, é necessário primeiramente encontrar o gênero para depois identificar a espécie.

Desse modo, elegeu-se como ponto de partida para o estudo dos deveres jurídicos decorrentes do planejamento urbano o regime jurídico-administrativo, pois ele é a fonte de onde se extraem os princípios e as regras que disciplinam a função administrativa, a qual representa o mecanismo para a aplicação das normas de direito urbanístico. Pode-se dizer, nesse sentido, que o direito administrativo é o ramo do direito público que trata das normas jurídicas que disciplinam a função administrativa.

Nos termos ensinados por Celso Antônio Bandeira de Mello “direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem”.³¹

A atividade de execução do planejamento urbano, antes de mais nada, é espécie de função administrativa, ainda que o fato de se referir a objeto delimitado a qualifique e direcione a outra área do conhecimento: o direito urbanístico.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que há uma disciplina jurídica autônoma quando princípios e regras lhe dão identidade, diferenciando-a dos demais ramos do Direito, de maneira que componha um sistema lógico, coerente e unitário que se denomina regime jurídico. Ao se identificar o regime jurídico, não haverá necessidade de se identificar, pormenorizadamente, todas as regras e os princípios que dele fazem parte, pois já se sabe, genericamente, quais são os princípios aplicáveis, destacando-se apenas certas peculiaridades para que o estudo de determinado instituto seja aprofundado. Para o autor, o estudo dos princípios informadores do regime jurídico-administrativo permite uma análise genuína dos institutos jurídicos e elimina a influência de fatores extrajurídicos.³²

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 37.

³² *Ibid.*, p. 52 e 87-94.

Dessa forma, o regime jurídico-administrativo dá identidade ao direito administrativo, mas também informa e serve como fonte normativa informadora de outros ramos do Direito, entre eles o direito urbanístico, uma vez que muitos dos institutos qualificados como pertencentes a este último ramo do Direito encontram suas bases no regime jurídico-administrativo e particularizam-se com o influxo do regime jurídico-urbanístico, de maneira que há entre eles uma relação indissolúvel.

Para a compreensão do conteúdo do regime jurídico-administrativo é que a seção anterior foi dedicada ao estudo do interesse público, já que os princípios estruturantes deste regime são a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.³³

Cumpra agora, antes de examinar o conteúdo de cada princípio, destacar o que se entende como princípio, em virtude das diversas concepções que se encontram com a evolução da doutrina, as quais muitas vezes representam o esforço de seus criadores ou defensores para verem excluída a concepção adotada anteriormente.

Segundo Genaro Carrió o princípio pode se apresentar de acordo com um dos seguintes entendimentos: a) característica central ou núcleo básico; b) guia, orientação ou indicação geral; c) fonte geradora, causa ou origem; d) finalidade, objetivo ou propósito; e) premissa, axioma, ponto de partida ou evidência teórica; e) verdade ética inquestionável ou evidência prática; f) máxima decorrente do prestígio da tradição.³⁴

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.³⁵

Adota-se, para o presente estudo, a referida aceção da palavra *princípio*, todavia, não se ignora a existência de outras conferidas pela doutrina à idéia de princípio. Dentre as aceções destaca-se a da teoria tradicional, que entende por *princípio* aquilo que há de mais importante em uma disciplina

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 55.

³⁴ CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 33.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 53; apud “Criação de Secretarias Municipais”. In: *Revista de Direito Público*, v. 15, p. 284-6, 1971.

jurídica.³⁶ Ressalte-se também a teoria contemporânea, que tem como um de seus defensores Robert Alexy, segundo a qual os princípios não se caracterizam pelo fato de serem ou não fundamentais ao sistema jurídico, mas sim por serem normas jurídicas, que diferem das regras na medida em que essas representam razões definitivas e aqueles razões *prima facie*. Segundo essa visão, os princípios são normas que determinam mandados de otimização, a serem realizados na maior medida possível, cuja aplicação definitiva só ocorrerá após a ponderação com outros princípios, que prevalecerão ou não no caso concreto, sem que haja exclusão de um ou de outro do ordenamento jurídico.³⁷

Entende-se que as diversas acepções da palavra *princípio* representam uma evolução. Por tal razão, não podem ser estudadas de forma estanque, já que são pensamentos complementares e não excludentes; juntos, permitem uma melhor compreensão do sistema jurídico que os abriga. Nesse sentido cite-se o pensamento de Virgílio Afonso da Silva:

Não há como querer, por exemplo, que expressões como “princípio da anterioridade ou princípio da legalidade” sejam abandonadas, pois, quando se trata de palavras de forte carga semântica, como é o caso do termo “princípio”, qualquer tentativa de uniformidade terminológica está fadada ao insucesso.³⁸

Fixadas as linhas gerais sobre o que se entende por princípio, passa-se agora ao exame dos princípios basilares do regime jurídico-administrativo.

A supremacia, condição inerente ao Estado, que decorre do seu poder extroverso, é tratada na doutrina italiana, em especial na obra de Renato Alessi, como supremacia da Administração Pública em face dos cidadãos.³⁹

O autor afirma ser a Administração titular da supremacia, por ser expressão concreta do poder de império do Estado, o qual só é exercido como consequência da finalidade da ação administrativa: a realização do interesse público e, assim, é por ele limitado. Observa-se, portanto, que o interesse

³⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*; e BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*.

³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*.

³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: *Revista dos Tribunais*, p. 26.

³⁹ ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*, p. 161-80.

público, no pensamento do autor, surge como o mister que a atividade administrativa pretende alcançar.

Assevera o autor que o fato da Administração titularizar o poder de império do Estado confere-lhe uma supremacia potencial, não eventual, e que, se tal poder vier a ser concretizado, sua supremacia converter-se-á em real ou atual.

Assim, a supremacia da Administração somente se justifica se esta atuar com vistas à realização de um interesse público, por ele denominado interesse coletivo primário. Caso o interesse norteador da Administração seja o interesse secundário,⁴⁰ dessa enquanto sujeito e não enquanto titular do poder de império do Estado, haverá renúncia da sua posição de supremacia.

Em tais casos, exemplifica o autor, em uma relação de locação imobiliária, a Administração, enquanto locatária, será submetida às normas do regime jurídico de direito privado quanto à manifestação de vontade, ainda que prevaleçam os princípios do direito público para reger a forma de emanção do ato, já que não é possível a submissão da Administração de forma integral ao regime jurídico-privado.

Ainda que não se concorde com o raciocínio do autor em todos os seus aspectos,⁴¹ ele mostra que a supremacia faz parte do regime jurídico-administrativo, pois quando a Administração dele se afasta, dispõe da posição que a supremacia lhe confere, já que atua equiparando-se ao particular.

Outro princípio estruturante do regime jurídico-administrativo é o princípio da indisponibilidade do interesse público sobre o privado. Também se encontra na doutrina italiana uma noção sobre tal princípio, muito embora não

⁴⁰ Ressalte-se que, conforme já afirmado, o interesse secundário só é admitido se coincidente com o interesse público primário. Todavia, a hipótese a ser tratada pelo autor, de renúncia da supremacia por parte da Administração, é levantada quando o interesse secundário é o primeiro objetivo a ser alcançado pela Administração, e não quando este serve de instrumento para a realização do interesse público primário.

⁴¹ Entende-se que a renúncia à supremacia por parte da Administração ocorre somente *a priori* e jamais poderá ser completa, pois nunca haverá submissão irrestrita das atividades da Administração ao regime jurídico de direito privado. O regime jurídico de direito público sempre será o fundamento para a atuação estatal, pois, mesmo que o regime privado prevaleça em algum aspecto, a atividade da Administração ainda estará submetida ao regime jurídico-administrativo. Ocorre que, diante de situações em que a Administração, em determinados aspectos, coloca-se em posição de igualdade com o particular, há prevalência do regime jurídico de direito privado, o qual, por sua vez, deverá ser completamente afastado caso o interesse público assim o exija, hipótese em que a supremacia será retomada.

haja correspondente na língua italiana ao termo “indisponibilidade” aqui utilizado.

Guido Falzone⁴² é quem trata do tema com precisão e, assim como Renato Alessi, utilizou-se do interesse público para discorrer sobre a supremacia. Falzone cuida, por primeiro, da função administrativa para concluir sobre sua obrigatoriedade ou, como aqui se denomina, indisponibilidade.

Diz o autor que a amplitude das atividades administrativas, ao contrário do que ocorre com relação às funções jurisdicional e legislativa, dificulta a formulação de um conceito. Falzone também critica o conceito residual de atividade administrativa, ou seja, aquele segundo o qual a atividade administrativa será aquela que não corresponder nem à atividade legislativa nem à atividade jurisdicional, pois tal conceito não cuida da natureza jurídica da atividade administrativa, mas apenas delimita o campo em que será exercida.

Interessa ao autor buscar um conceito material ou objetivo de atividade administrativa, como a atividade concreta desenvolvida pelo Estado, diretamente ou indiretamente, para cuidar da realização dos interesses públicos. A partir de tal conceito, conclui que não apenas a Administração exercerá atividade administrativa, mas também os órgãos que se encarregam das demais funções estatais, o que não torna, sob tal aspecto, a atividade administrativa exclusiva, mas apenas prevalente.⁴³

Preocupa-se, em seguida, em tratar a atividade administrativa enquanto função e, para tanto, examina o conceito genérico de função, que serve tanto ao direito público como ao direito privado, segundo o qual, o titular da função é investido no poder de exercer, em nome próprio, uma atividade no interesse de outrem em obediência a um dever. Tal interesse alheio, acrescenta, deverá ser de natureza social, o qual, no que tange à função pública, será sua finalidade imediata.

⁴² FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*, p. 9-155.

⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello, apesar de construir sua doutrina sobre o regime jurídico-administrativo com base na doutrina italiana, entende que é essencial buscar um conceito objetivo-formal, e não objetivo-material de função administrativa, pois num Estado de Direito, algo é qualificado de acordo com o que dispõe o ordenamento, e não de acordo com suas características intrínsecas. Ademais, para o autor, as noções substanciais encontram-se em nível pré-jurídico, e servem para informar o legislador (*Curso de direito administrativo*, p. 34-5 e 87-94).

O conceito de função relaciona-se com o de dever, como o momento ativo desse, ao adimplemento e à atuação das competências que constituem elemento objetivo do dever em si, que tem no poder o instrumento de sua realização. No dever público, lembra o autor, verifica-se uma relação fundamental entre o Estado e o titular do dever, que nasce do ato estatal de investidura de um sujeito em uma determinada função e da aceitação por parte do designado.

Assim, a função pública deverá se voltar à custódia de interesses coletivos, que constituem o fim precípua da atividade jurídica do agente público, a serem realizados por este de forma direta e imediata. Já a função privada, ao realizar diretamente interesse próprio de terceiro, alcança interesses coletivos apenas mediata e indiretamente, considerada a relevância pública dos interesses objeto de sua ação.

Em seguida, o autor diferencia função do exercício de função, a fim de justificar que a obrigatoriedade, ou indisponibilidade, recai sobre segundo. Nesse sentido, o conceito de função faz referência a uma noção puramente teórica, a um momento estático; já o exercício de função refere-se a uma fase prática, ao momento dinâmico da atividade que constitui objeto da função, cuja forma de manifestação encontra-se vinculada à lei, ainda que esta dê ensejo à utilização de competência discricionária, se o caso concreto o exigir.

A obrigação é ínsita ao exercício da função e consiste na exigência do indivíduo em realizar com retidão e oportunamente os interesses. Fala-se, assim, em exigência de uma “boa administração”, pois a obrigação não se resume em assumir ou se limitar ao mero dever de adimplemento, mas importa também na obrigatoriedade do bom desenvolvimento da atividade para a melhor satisfação do interesse público. Assim, o interesse público será o fundamento, o limite e o objetivo para o exercício da função.

O autor também aponta como características da função administrativa, que conduzem à indisponibilidade, sua irrenunciabilidade e intransmissibilidade. Assim, por vontade própria, não pode o sujeito investido pela lei no dever de realizar a função simplesmente renunciá-la, ou aliená-la a outrem, bem como aos poderes que lhe são conexos, cujo exercício é necessário para o desenvolvimento da função sem violação do ordenamento.

A partir do pensamento de Falzone e Alessi, quanto à supremacia do interesse público sobre o privado e à indisponibilidade do interesse público, chega-se à estrutura de sistema harmônico e coerente, que corresponde ao regime jurídico-administrativo. Com efeito, a supremacia do interesse público, decorrência lógica do poder de império do Estado, possui como contraponto a indisponibilidade do interesse público, que melhor se desdobra na indisponibilidade do exercício da função administrativa com o fim de se alcançar o interesse público.

Assim, o poder titularizado pelo Estado-administrador, que o coloca em posição de supremacia em relação aos cidadãos, nada mais é que um instrumento para a realização do dever insculpido na lei para o alcance do interesse público, o qual corresponde ao exercício da função administrativa, da qual não se pode dispor. Portanto, como os poderes são apenas servientes ao cumprimento do dever, necessitam de limitação, de forma que vincule a conduta do administrador e possibilite o controle por parte do cidadão. Daí porque se fala em dever-poder quando a Administração age com vistas à realização do interesse público.

A função administrativa é, pois, critério suficiente para identificar a atividade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o relato de Allan Brewer-Carías,⁴⁴ em outros países, como é o caso da Venezuela, a função administrativa não basta para a definição das normas de direito administrativo, já que em seu ordenamento jurídico, além da função administrativa, a Administração Pública detém função normativa e jurisdicional, o que não ocorre, em certa medida, no Direito brasileiro.

Pode-se dizer que no Brasil a função normativa da Administração limita-se à expedição de regulamentos, os quais são privativos do chefe do Poder Executivo e são emanados como atos infralegais, servientes à fiel execução da lei, ou seja, não têm o condão de, por meio de suas disposições, inovar na ordem jurídica. Somente o Poder Legislativo poderá estabelecer limitações a direitos por intermédio da lei, de acordo com o princípio da legalidade insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal. Assim, os

⁴⁴ BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*, p. 235.

regulamentos oriundos da Administração são espécie de função normativa diversa daquela exercida no âmbito da função legislativa.

Quanto à função jurisdicional, no ordenamento jurídico brasileiro somente ao Poder Judiciário compete o seu exercício, conforme art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A jurisdição brasileira é una e exercida por membros do Poder Judiciário, a quem compete o controle dos atos administrativos que a eles são submetidos. A Administração Pública no Brasil não exerce jurisdição contenciosa, ou seja, não exerce com o Poder Judiciário a jurisdição, como ocorre no sistema francês. A função julgadora que compete aos tribunais administrativos no julgamento de processos administrativos tributários ou disciplinares, por exemplo, não se confunde com a função jurisdicional, já que não assume os contornos da coisa julgada em todos os seus aspectos.

Há autores, contudo, como Hely Lopes Meirelles, que não se referem à função administrativa para tratar do conceito de direito administrativo. Segundo o autor, direito administrativo é o “conjunto harmônico 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”.⁴⁵

Todavia, ao explicar o que seriam as atividades públicas tendentes a realizar de forma direta, concreta e imediata os fins eleitos pelo Estado, o autor percorre o mesmo caminho que foi demonstrado anteriormente para chegar ao que se entende por função administrativa.

Nesse sentido, por ser relevante ao conceito de direito administrativo, cumpre destacar o conceito de função administrativa que aqui se adota, por ser esta o objeto de estudo das normas jurídicas que compõem o regime jurídico-administrativo, o qual, como já afirmado, serve de base para a investigação de outros ramos do Direito como o direito urbanístico:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.⁴⁶

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 24.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 36.

2.4 Relações entre direito administrativo e direito urbanístico

O regime jurídico-administrativo é imprescindível ao estudo dos institutos de direito urbanístico. A partir daí, surge a questão sobre ser ou não este um ramo do direito autônomo. Antes de solucionar tal questão, é preciso fixar o que se entende por autonomia.

A palavra *autonomia* origina-se etimologicamente de *auto*, que significa a si mesmo e *nomos*, que possui o sentido de lei, ordem em grego. Assim, corresponde à qualidade do que se rege por suas próprias leis, sem que haja imposições restritivas de ordem estranha.⁴⁷

Cumprido frisar, todavia, que como se trata de um ramo do Direito, inserido no sistema jurídico, ou seja, num conjunto de normas jurídicas caracterizado pela unidade e integração, deve-se distinguir a autonomia absoluta da autonomia relativa. O Direito, enquanto sistema coerente, harmônico e organizado, possui autonomia absoluta em relação a outros ramos do conhecimento, já que detém estrutura e objeto diversos, por exemplo, da sociologia, da economia e da filosofia. O objeto de estudo do Direito enquanto ciência é a norma jurídica, o qual, logicamente, também é objeto de todos os ramos do Direito, que dele se desdobram. Fala-se, portanto, em autonomia científica de um ramo do Direito quando as normas jurídicas que lhe servem de objeto possuem características que as diferenciam das demais normas jurídicas do sistema e, por tal razão, destacam-se em um subsistema, orientado por princípios e regras próprias. Contudo, por se inserir em um sistema maior, só há que se falar em autonomia relativa de um ramo do Direito.

Feita tal abordagem inicial, traz-se o pensamento de José Afonso da Silva que trata do conceito de direito urbanístico não como um ramo dotado de autonomia científica, mas sim de certa autonomia didática, justificada pela existência de uma lei geral que sistematiza suas normas, consubstanciada no Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001.⁴⁸ Segundo o autor, o direito urbanístico enquadra-se como ramo do direito público:

É certo que as normas que ele sintetiza, visando a regular a atuação do Poder Público na ordenação dos territórios ou dos espaços habitáveis, inserem-se no campo do “direito público”, qualquer que

⁴⁷ De Plácido e Silva. *Vocabulário jurídico*, p. 102.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 43-4.

seja o critério que se considere: as relações que estabelecem têm sempre como titular uma pessoa de direito público; protegem interesse coletivo; e são compulsórias.⁴⁹

Em momento anterior de sua obra, que interessa à identificação do direito urbanístico, o autor diz o que entende por atividade urbanística, a qual consiste “na intervenção do Poder Público com o objetivo de ordenar os espaços habitáveis”, e a qualifica como função pública.⁵⁰

A partir das observações do autor, pode-se afirmar que o direito urbanístico, enquanto conjunto de normas o qual disciplina a atividade urbanística, pertence ao Direito Público; já a atividade urbanística, por consistir em intervenção do Poder Público, além de ser função pública também representa exercício de função administrativa. Quando o autor menciona ser a atividade urbanística “função pública”, pretende, claramente, inserir o direito urbanístico como ramo do direito público e afastá-lo do direito privado; todavia, quando conceitua a atividade urbanística como intervenção do Poder Público, apesar de não mencionar expressamente, delimita a função pública e a direciona ao objeto de estudo do direito administrativo, qual seja, as normas que dizem respeito à função administrativa.

No mesmo sentido encontra-se o pensamento de Fernando Alves Correia, que revela a tendência que se observa no Direito europeu:

De facto, por um lado, a natureza das relações jurídicas que constituem o objecto do Direito Urbanístico – trata-se ora de relações entre sujeitos de direito público (quer estes revistam a natureza de entes territoriais, quer a de entes institucionais), ora de relações cujos pólos são os entes públicos e os particulares –, o leque de instrumentos jurídicos nele predominantes (regulamentos, actos administrativos, contratos administrativos e responsabilidade administrativa) e as garantias administrativas e contenciosas nele vigentes apontam indubitavelmente para a sua inserção no âmbito do direito administrativo. Por outro lado, idêntica conclusão pode ser retirada da análise da gênese e evolução histórica do Direito Urbanístico. Como teremos ocasião de referir no capítulo seguinte, as primeiras regras jurídicas do urbanismo nasceram e desenvolveram-se dentro do esquema institucional do direito administrativo: surgiram por obra dos municípios – e ainda é hoje do município que parte e por ele passa a porção mais importante da actividade de planeamento urbanístico – e estenderam-se depois ao Estado, que são os sujeitos principais de direito público. Por último, a finalidade do Direito Urbanístico sempre foi e continua a ser a resolução de uma situação conflitual entre o interesse público, traduzido no ordenamento do espaço, e o interesse individual, representado no direito de

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 44.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 34.

propriedade privada, factor este suficientemente demonstrativo do carácter jurídico-administrativo das suas normas.⁵¹

Vale lembrar que, por ser função pública, e mais especificamente função administrativa, a atividade urbanística orienta-se pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade do interesse público, o que significa a impossibilidade de delegação da titularidade da atividade ao particular, salvo a delegação de sua execução de acordo com as hipóteses legais.⁵²

Assim, estabelece-se a idéia de que o direito urbanístico encontra nas normas de direito administrativo os instrumentos para a aplicação das normas que lhe são próprias, porém não se trata de um capítulo deste, como entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto,⁵³ pois o regime jurídico-administrativo não esgota toda a disciplina necessária à compreensão da matéria, que possui peculiaridades próprias e necessita de outros ramos do conhecimento jurídico, como o direito ambiental, para encontrar sua identidade e chegar à autonomia científica.

Por entender frustrada a tentativa de se encontrar os limites entre direito ecológico e direito urbanístico e classificá-los como ramos autônomos, Lúcia Valle Figueiredo trata da disciplina urbanística da propriedade, sem preocupar-se com categorizações científicas.⁵⁴

Na mesma linha adotada pela autora, destaca-se o pensamento de Antonio Carceller Fernández, para quem o direito urbanístico reúne elementos tanto do direito administrativo como do direito civil, o que lhe confere posição especial.⁵⁵

⁵¹ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 54.

⁵² A Lei n. 10.257/2001, que criou o Estatuto da Cidade, dispõe em seus arts. 32 a 34 sobre as operações urbanas consorciadas, que correspondem a um instituto jurídico no qual os particulares, sob a coordenação do Poder Público municipal, poderão promover intervenções e medidas tendentes à urbanização de uma área. O dever de urbanização continua pertencente ao Estado, todavia, sua execução é negociada – já que serão conferidos certificados de potencial adicional de construção, conforme previsão do art. 34 – e transferida ao particular.

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, p. 56. Merece ressalva o fato de que o autor lançou a primeira edição desta obra em 1975, época em que o direito urbanístico era tratado ainda de forma embrionária, e que, depois disso, houve uma evolução de sua sistematização que não mais permite tratá-lo como capítulo ou ramo do direito administrativo.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 32-6.

⁵⁵ No texto original: “*Aunque se han formulado varias teorías (Derecho especial, rama jurídica interdisciplinaria y social, conjunto de normas de naturaleza distinta, moderno capítulo del*

Do mesmo modo, entende-se que por ser o direito urbanístico um ramo do Direito que recebe a influência e necessita de normas de outros ramos do Direito para a sua formação, é de maior utilidade verificar quais são as normas que lhe servem de base e o influenciam do que a discussão acerca de sua autonomia científica ou didática. Não se pretende, com isso, como ressalta Fernando Alves Correia, desmerecer o estudo do direito urbanístico:

As posições desvalorizadoras do Direito Urbanístico devem ser claramente rejeitadas. Na verdade, não pode deixar de se lhe reconhecer uma *substantividade própria*, que se expressa no facto de ele *matizar, adaptar e, às vezes, até rectificar* os princípios e categorias gerais do direito administrativo.⁵⁶

Dessa forma, importa ressaltar que as intervenções do Poder Público para ordenação do território do município visando o alcance das funções sociais da cidade, dentre as quais aqui interessa o processo de planejamento urbano, são viabilizadas por intermédio da função administrativa e de institutos que representam uma parcela dessa, como as limitações administrativas à propriedade e o processo administrativo. O direito administrativo fornece, portanto, os elementos formais para a aplicação substancial das normas de direito urbanístico.

Para que haja a aplicação dos mecanismos necessários à execução da política urbana, interesse público qualificado pelo ordenamento jurídico, e que por tal razão deve ser perseguido pelo Estado, é que existe esta relação entre direito urbanístico e direito administrativo, ainda que possam se identificar, no regime jurídico do primeiro, normas que o apartam deste último, de maneira que o torne mais específico.

Estabelecida a relação indissolúvel existente entre os referidos ramos do Direito, cumpre agora discorrer sobre o objeto do direito urbanístico, a fim de delimitar o seu conteúdo.

Relembrando os ensinamentos de José Afonso da Silva: “o direito urbanístico objetivo consiste no conjunto de normas que têm por objeto

Derecho administrativo), la naturaleza del Derecho urbanístico es, básicamente, la del Derecho administrativo, como una pertenencia de su parte especial; lo que no obsta para que haya de exponerse y deba comprenderse en relación con las instituciones del Derecho civil y, en particular, del derecho de propiedad privada” (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 18).

⁵⁶ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 55.

organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.⁵⁷

O autor aponta como objeto do direito urbanístico as normas jurídicas destinadas à organização dos “espaços habitáveis”, ao qual agrega um elemento teleológico, consistente na melhoria das “condições de vida ao homem na comunidade”.

A partir dos elementos relacionados pelo autor, formadores do objeto de estudo das normas de direito urbanístico, indaga-se, em primeiro lugar, no que consistem os “espaços habitáveis” por ele mencionados. Para obter tal resposta, é necessário consultar as primeiras linhas de sua obra, nas quais propõe, como questão de ordem, identificar a que se refere o qualificativo “urbanístico”, empregado para designar a disciplina. Dessa forma, entende o autor que tal qualificativo refere-se ao *urbanismo*, palavra derivada do latim *urbs*, que significa *cidade*.⁵⁸

Pode-se concluir, portanto, que segundo o pensamento do autor, os espaços habitáveis, que dizem respeito ao objeto das normas de direito urbanístico, são aqueles localizados nas cidades.

Cumprе agora destacar o que o autor entende por cidade. Após analisar o conceito de cidade em outras ciências humanas, como é o caso da sociologia urbana, o autor trata do conceito de cidade do ponto de vista jurídico e também urbanístico, os quais aqui interessam. Do ponto de vista do ordenamento jurídico:

Cidade, no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico, não agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A característica marcante da cidade no Brasil consiste no fato de ser um *núcleo urbano, sede do governo municipal*.⁵⁹

Observa-se agora que os espaços habitáveis a que se refere o autor são aqueles localizados nas cidades, as quais se identificam exclusivamente como os núcleos urbanos.

Desde o início da civilização ocidental, como relata Fustel de Coulanges, a cidade corresponde à associação política das famílias.⁶⁰

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 49.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁶⁰ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, p. 197.

Interessa destacar o ponto de vista de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que fornece um conceito de direito urbanístico similar ao de José Afonso da Silva, mas diverge sobre o significado de seu conteúdo. Para o autor, direito urbanístico é um “conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos, sistematizados e informados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento humano relacionado aos espaços habitáveis”.⁶¹

Mais adiante, ao advertir sobre o equívoco de se utilizar como sinônimas as expressões direito urbano e direito urbanístico é que se encontra a divergência apontada com relação ao objeto de estudo das normas de direito urbanístico no pensamento de José Afonso da Silva. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há vinculação científica necessária entre direito urbanístico e urbanismo, o que não ocorre com o direito urbano, que se refere à cidade, em oposição ao campo. Mas, de acordo com seu pensamento, direito urbanístico se refere a urbanismo, não se verifica oposição, mas sim integração entre os espaços urbano e rural, uma vez que o próprio conceito de direito urbanístico refere-se aos espaços habitáveis como objeto.

Para Daniela Campos Libório Di Sarno, o direito urbanístico é “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”.⁶²

Verifica-se no pensamento da autora a delimitação do objeto de estudo das normas de direito urbanístico nas “funções do meio ambiente urbano”, sem fazer qualquer menção ao território rural do município. Para a conceituação dos espaços habitáveis, segundo a autora, devem ser considerados outros elementos, como o meio ambiente e a qualidade de vida.⁶³

O direito urbanístico possui relação indissociável com o direito ambiental, todavia, entende-se que o conceito de direito urbanístico proposto pela autora também serve à conceituação do direito ambiental, o que tornaria as ciências jurídicas idênticas e não apenas relacionáveis. Ademais, considerando o conceito fornecido pela autora, a menos que os “atos” sejam

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*, p. 56.

⁶² DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*, p. 33.

⁶³ *Ibid.*, p. 87.

identificados como normas individuais decorrentes da aplicação das normas jurídicas gerais, não se entende que eles sejam parte do conceito de direito urbanístico como categoria diferente das normas.

No entendimento de Carlos Ari Sunfeld:

O direito urbanístico surge, então, como o *direito da política de desenvolvimento urbano*, em três sentidos: a) como conjunto de normas que disciplinam a fixação dos objetivos da política urbana (exemplo: normas constitucionais); b) como conjunto de textos normativos em que estão fixados os objetivos da política urbana (os planos urbanísticos, por exemplo); c) como conjunto de normas em que estão previstos e regulados os instrumentos de implementação da política urbana (o próprio Estatuto da Cidade, entre outros).⁶⁴

Mais adiante, o autor explica o que entende por política de desenvolvimento urbano, prevista no art. 182, *caput*, da Constituição da República, a partir de uma análise de outros dispositivos do texto constitucional, em especial do art. 30, VIII (compete ao Município promover “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”), art. 182, § 2º (“A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”), art. 182, § 4º (“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 [...]”) e art. 183 (“Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”).

Os dispositivos citados possuem como elemento comum uma noção espacial da cidade, já que tratam de “área”, “solo”, “espaço” e “propriedade”; por tal razão, o autor considera o direito urbanístico como “o direito da política espacial da cidade”.⁶⁵

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*, p. 48-9.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 49.

Entende-se acertado o raciocínio do autor em partir da Constituição Federal e dela extrair o conceito de “política urbana” como a “política espacial da cidade”, de forma que identifique o objeto do direito urbanístico.

Traz-se à colação também o conceito de direito urbanístico formulado por Hely Lopes Meirelles, que claramente considera o espaço urbano e rural:

[...] o Direito urbanístico, ramo do Direito Público, destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo. Na amplitude desse conceito, incluem-se todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer de suas quatro funções essenciais na coletividade: habitação, trabalho, circulação e recreação, excluídas somente as terras de exploração agrícola, pecuária ou extrativista, que não afetem a vida urbana.

Segundo essa conceituação, cabem no âmbito do Direito urbanístico não só a disciplina do uso do solo urbano e urbanizável, de seus equipamentos e de suas atividades, como a de qualquer área, elemento ou atividade em zona rural, que interfira no agrupamento urbano, como ambiente natural do homem em sociedade.⁶⁶

Oriundo da doutrina espanhola, destaca-se o pensamento de Antonio Carceller Fernández, que revela a tendência do Direito europeu em identificar o objeto do direito urbanístico como o solo e a ordenação urbana:

O Direito urbanístico, ou talvez mais propriamente a legislação urbanística, é um conjunto de normas jurídicas que, por si mesmas ou através do planejamento que regulam, estabelecem o regime urbanístico da propriedade do solo e a ordenação urbana e regulam a atividade administrativa encaminhada ao uso do solo, a urbanização e a edificação.⁶⁷

Diante do cenário exposto, cumpre analisar o que se propõe como conceito de direito urbanístico, o qual é formulado a partir das normas do sistema jurídico, em especial da Constituição Federal e da contribuição trazida pelos autores mencionados.

Como afirmado, a análise deverá partir da Constituição Federal:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Urbanismo e proteção ambiental. In: *Revista de Direito Público*, p. 41.

⁶⁷ No texto original: “*El Derecho urbanístico, o quizá más propriamente la legislación urbanística, es un conjunto de normas jurídicas que, por sí mismas o a través del planeamiento que regulan, establecen el régimen urbanístico de la propiedad del suelo y la ordenación urbana y regulan la actividad administrativa encaminada al uso del suelo, la urbanización y la edificación*” (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 17).

objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º 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.

A preocupação inicial que se nota na Constituição Federal, logo no *caput* do art. 182, relaciona-se ao desenvolvimento urbano, a qual se repete logo no § 1º do artigo, ao destacar o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

A seguir, o *caput* do art. 182 trata do Poder Público municipal, ente federativo competente para a execução da política urbana. É o município, portanto, o ente político que cuidará da execução da política urbana, com vistas ao seu desenvolvimento, exercendo a competência que decorre da sua autonomia político-administrativa, financeira e legislativa, reconhecida no art. 18 da Constituição Federal em todo o seu território, no qual se inclui as zonas urbana e rural. Merece ressalva, todavia, a competência privativa da União para legislar sobre direito agrário, decorrente do art. 22, I, da Constituição Federal.

Assim, se desenvolvimento e expansão urbana são o foco da política urbana, é certo que os espaços habitáveis podem ser considerados para além dos núcleos urbanos e devem obrigatoriamente englobar o espaço rural, objeto

de futura expansão, mas que, *a priori*, poderá fornecer recursos para o desenvolvimento urbano. Ademais, destaca-se a eventual existência de atividades tipicamente urbanas desenvolvidas em área considerada rural, as quais exigem a aplicação das normas de direito urbanístico para ordenação do espaço.

Nesse sentido merece destaque o pensamento de Tomás-Ramón Fernández:

Esta equação semântica (urbanismo como ordenação da cidade), historicamente válida até a Segunda Guerra Mundial, rompeu-se ostensivamente na segunda metade deste século ao comprovar até que ponto as tensões que sacodem a vida urbana e tudo o que ocorre no interior da cidade é em função dos fenômenos que têm lugar fora dela, ao seu redor imediato, primeiramente, e no contexto geral do país inteiro em último lugar.

A constatação desta evidência levou os ingleses, autênticos adiantados nesta matéria, a batizar suas leis urbanísticas desde 1939 como *Town and country planning acts*, isto é, como leis para a planificação do campo e da cidade, idéia totalizadora que na França começou a se expressar, a partir de 1944, como *aménagement du territoire*, e que progressivamente foi incorporando conteúdos adicionais à medida que se destacavam as inter-relações existentes entre a planificação econômica até assumir e englobar também as preocupações em face do meio ambiente que, desde apenas uns poucos anos, reivindicam a preservação da natureza frente às agressões de que esta é objeto por uma sociedade altamente industrializada que tende a subordiná-lo por inteiro ao afã de produzir mais e mais a cada dia.⁶⁸

Assim a diferenciação entre o que é urbano e o que é rural não deve ser tomada para identificar como objeto do direito urbanístico apenas o território urbano, razão pela qual deve prevalecer a tendência do Direito

⁶⁸ No texto original: “Esta ecuación semántica (urbanismo como ordenación de la ciudad), históricamente válida hasta la Segunda Guerra Mundial, se há roto estrepitosamente en la segunda mitad de este siglo al comprobar hasta qué punto las tensiones que sacuden la vida urbana y todo lo que en el interior de la ciudad ocurre es una función de los fenómenos que tienen lugar fuera de ella, en su hinterland inmediato, por lo pronto, y en el contexto general del país entero en último término.

La constatación de esta evidencia llevó a los ingleses, autênticos adelantados en esta matéria, a bautizar sus Leyes urbanísticas desde 1939 como *Town and country planning acts*, esto es, como leyes para la planificación del campo y la ciudad, idea totalizadora que en Francia empezó a expresarse, a partir de 1944, como *aménagement du territoire*, y que progresivamente fue incorporando contenidos adicionales a medida que se subrayaban las interrelaciones existentes entre la planificación económica hasta asumir y englobar también, las preocupaciones medioambientales que, desde hace solo unos pocos años, reivindican la preservación de la naturaleza frente a las agresiones de que ésta es objeto por una sociedad altamente industrializada que tiende a subordinarlo todo al afán de producir más e más cada día” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*, p. 16).

européu e a doutrina de Hely Lopes Meirelles já citada.⁶⁹ Ademais, o Estatuto da Cidade, em seu art. 40, § 2º, foi claro ao afirmar que o plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo, ou seja, o instrumento básico de execução da política urbana, que determinará a disciplina urbanística de determinado Município e deverá considerar tanto o território urbano como o rural.

Não se pretende afirmar, contudo, que a distinção que eventualmente for encontrada no ordenamento jurídico não seja relevante. Assim, a disposição do art. 32 do Código Tributário Nacional,⁷⁰ que trata do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, é relevante para fins tributários e as disposições ali contidas serão úteis para o direito urbanístico, como norte ao legislador municipal para identificar uma área como urbana, de expansão urbana ou rural e, de acordo com o interesse local, estabelecer regime jurídico diferenciado a cada uma delas, o que não significa que apenas a parcela do território qualificada como área urbana será objeto de aplicação das normas de direito urbanístico.

Também existem no ordenamento outras normas que tratam de estabelecer diferenças entre áreas urbana e rural, como ocorre com relação às normas destinadas à proteção ambiental, insculpidas nas Resoluções Conama ns. 302/2002⁷¹ e 303/2002,⁷² que dispõem sobre Áreas de Preservação

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Urbanismo e proteção ambiental. In: *Revista de Direito Público*, p. 41. Ressalte-se que o autor já demonstrava preocupação na integração cidade e campo como objeto do direito urbanístico, antes do advento da Constituição da República e do Estatuto da Cidade.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
[...]

Permanente de reservatórios artificiais e Áreas de Preservação Permanente, respectivamente, as quais restringem ainda mais as disposições do Código Tributário Nacional para identificar o que denominam de Área Urbana Consolidada, nova categoria jurídica.

Tirante a discussão acerca da possibilidade ou não de resolução inovar originariamente na ordem jurídica, o que não se admite, os dispositivos citados, tanto do Código Tributário Nacional como das Resoluções Conama, serviram para ilustrar caberão papel do intérprete, ao aplicar o direito, de identificar qual a finalidade que se pretende alcançar com a subsunção da norma ao caso concreto. Em se tratando de direito urbanístico e, em especial, de planejamento urbano para fins de ordenação do território visando o alcance das funções sociais da cidade, deverá ser considerado pelo intérprete o território do município como um todo.

Fixada a ressalva de que as normas de direito urbanístico serão direcionadas a todo o território do Município, ainda há outros elementos no *caput* do art. 182 da Constituição Federal que merecem atenção. O art. 182, *caput*, trata do elemento teleológico que deverá orientar a execução da política urbana, consistente no pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e de seus habitantes.

Entende-se aqui que as funções sociais da cidade correspondem àquelas fixadas na Carta de Atenas de 1933, item 77: habitação, trabalho,

V – Área Urbana Consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:
 1. malha viária com canalização de águas pluviais;
 2. rede de abastecimento de água;
 3. rede de esgoto;
 4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
 5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
 6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e
- c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km².

⁷² Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

[...]

XIII – área urbana consolidada: aquela que atende aos seguintes critérios:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, quatro dos seguintes equipamentos de infra-estrutura urbana:
 1. malha viária com canalização de águas pluviais;
 2. rede de abastecimento de água;
 3. rede de esgoto;
 4. distribuição de energia elétrica e iluminação pública;
 5. recolhimento de resíduos sólidos urbanos;
 6. tratamento de resíduos sólidos urbanos; e
- c) densidade demográfica superior a cinco mil habitantes por km².

circulação e lazer, as quais deverão ser asseguradas pelo Poder Público de forma plena. Tais funções, repise-se, não são unicamente desenvolvidas no território urbano de um Município, de modo que, se a cidade as engloba, por cidade deve-se entender tanto o território urbano como o rural. Ainda que as funções sociais da cidade desenvolvam-se com maior intensidade nos núcleos urbanos, o Município, para atender ao interesse local, não pode deixar de promovê-las também no território rural. Deverá, contudo, respeitar as características do território que ensejarão tratamento diferenciado, bem como a competência da União para tratar de direito agrário e, dessa forma, regular as atividades econômicas rurais.

As funções sociais da cidade também estão previstas no art. 2º, *caput*, e delineadas no inciso I do mesmo artigo do Estatuto da Cidade como a primeira diretriz geral a ser observada para a execução da política urbana:

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 infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, o conceito de direito urbanístico deverá partir da leitura da Constituição, que, com vistas ao desenvolvimento e à expansão da política urbana, amplia a noção de espaços habitáveis desenvolvida pela doutrina, tanto em seu aspecto objetivo, para considerar os espaços urbano e rural, ainda que dispensando a eles tratamento diferenciado, como em seu aspecto teleológico, ao demonstrar preocupação com todas as funções sociais da cidade e não apenas com a habitação. Assim, se os espaços de um município forem qualificados apenas como habitáveis, as demais funções da cidade deixarão de ser preocupação para se estabelecer a disciplina urbanística desses espaços.

Sugere-se, portanto, conceituar o direito urbanístico como o ramo do direito público que tem por objeto normas jurídicas de ordenação de todo o território de um município, destinadas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, consistentes em habitação, trabalho, lazer e circulação.

Assim, ao que interesse ao presente estudo, ao elaborar e executar o planejamento urbano, deverá o Poder Público ter por finalidade a consecução das funções sociais da cidade, interesse público qualificado que identifica o direito urbanístico enquanto ciência, de modo que, se não visar o alcance das funções sociais da cidade, não estará o Estado cumprindo o dever jurídico decorrente das normas de direito urbanístico.

3 Planejamento urbano como instrumento do direito urbanístico

3.1 Planejamento econômico

Antes de tratar do planejamento urbano, é preciso trazer uma concepção do que seja planejamento, que tem como origem o planejamento econômico. Será necessário, portanto, buscar em outras ciências não jurídicas referências para a análise do tema, mas sempre com a preocupação de verificar se o ordenamento jurídico incorpora as noções desenvolvidas por outras ciências, e que passam a interessar ao estudo do Direito.

Segundo Francisco Whitaker Ferreira a noção mais simples e comum que se tem de planejamento é: o contrário da improvisação. E, na seqüência de seu raciocínio, ao questionar a razão para não improvisar, encontra três respostas: a primeira que, para alcançar determinados objetivos, a solução é tentar prever melhor as ações e os efeitos; a segunda que, diferentes órgãos ou pessoas participam da ação, todos interessados ou de certa forma comprometidos na realização de um objetivo comum; e a terceira ocorre quando os objetivos são difíceis de se alcançar.⁷³

Tirante a primeira razão para o planejamento apontada pelo autor, que se identifica com a noção de planejamento usual, corriqueira, as duas outras razões apontadas incorporam-se ao ordenamento jurídico. É comum que o ordenamento jurídico preveja o planejamento para o alcance de determinados interesses públicos difíceis de se atingir, os quais, justamente em razão da dificuldade, podem vir a necessitar da conjugação de esforços de todos os entes da Federação. Observa-se no art. 23, IX, da Constituição Federal a competência comum de todos os entes para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Somente por intermédio de uma ação planejada é que será possível o alcance de tais objetivos previstos na Constituição Federal. Trata-se apenas de um exemplo extraído do ordenamento jurídico a respeito da atuação

⁷³ FERREIRA, Francisco Whitaker. *Planejamento sim e não*, p. 15-7.

conjunta dos entes para a realização do interesse público relacionado à habitação, que, apesar de não prever expressamente a necessidade do planejamento, surge como decorrência lógica para que haja uma atuação integrada.

Importante ressaltar, ainda com base na obra de Francisco Whitaker Ferreira,⁷⁴ como se deu a origem do planejamento no seio das relações humanas. Diz o autor que em desenhos pré-históricos foram encontradas indicações de como eram feitas determinadas construções, quando as tarefas eram complicadas e exigiam a participação de muitas pessoas. Mas foi somente com a Revolução Industrial, e o avanço do capitalismo, que a preocupação com o planejamento direcionou-se para a área da economia, pois o crescimento dos negócios e da concorrência passou a exigir novas formas de atuação. A medida do poder passou a ser a expansão das atividades comerciais e, para tanto, era preciso prever determinados riscos e lançar projetos novos. O planejamento, assim, passava a ser uma exigência normal da atividade econômica.

Todavia, o desenvolvimento das empresas capitalistas, exemplo de organização bem administrada e bem planejada, não refletia o que se passava na sociedade em geral. O aumento da rentabilidade das empresas encontrava como contrapartida a não-valorização do salário dos operários, que não recebiam por sua produção, mas sim de acordo com a lei da oferta e da procura de mão-de-obra.

Surgia então a imposição de se submeter toda a atividade econômica da sociedade a um plano, que garantisse a realização dos interesses individuais e coletivos de todos, e não somente das empresas, o que acabou por interferir no objetivo inicial destas, que era unicamente a obtenção de lucro.

Mas foi somente na União Soviética, no início do século XX, que o planejamento passou a ser instrumento de política econômica e assumiu tal conotação em todo o cenário mundial.⁷⁵

⁷⁴ Ibid., p. 27-9.

⁷⁵ MINDLIN, Betty. O conceito de planejamento. In: _____. *Planejamento no Brasil*, p. 9.

A intervenção do Estado passou a ser cada vez mais importante para o equilíbrio da concorrência e para a regularidade da relação entre empregador e empregado.

Tornou-se claro que o simples jogo das forças de mercado, com pequena intervenção do Estado, era incapaz de levar aos resultados desejados pela sociedade. Assim, a instabilidade do sistema econômico, com crises cíclicas na atividade e desemprego periódico em grau assustador, a nova ênfase no desenvolvimento econômico e luta contra a miséria, e a mobilização das economias para a guerra, levaram à elaboração de modelos racionais de política econômica, que permitissem dominar as forças econômicas em direção à alocação ótima de recursos.⁷⁶

Portanto, verifica-se que o planejamento, apesar de ser um instrumento originado com vistas ao melhor desempenho das atividades econômicas, com a iniciativa privada, uma vez que o fundamento para a sua realização passou a ser a preocupação com a melhoria das condições da vida em sociedade, tornou-se, a partir de então, dever do Estado, em especial com o advento do Estado Social, que ocupou o lugar do Estado Liberal e passou a ser responsável pelo tratamento de questões sociais, que na verdade eram e são reflexos da economia de um país.

Segundo Betty Mindlin, o planejamento consiste em apontar o caminho mais racional do desenvolvimento, de acordo com as características da economia.⁷⁷ O planejamento pode ser global, o qual busca dar uma visão ampla do desenvolvimento da economia, de forma que fixe objetivos e assegure a consistência entre a oferta e a demanda de bens em todos os setores; ou também pode se referir a regiões econômicas, sem inserir-se num esquema para a economia como um todo.

O planejamento viabiliza-se concretamente por intermédio da edição dos planos, que traduzem juridicamente, ou seja, por intermédio de leis, a técnica utilizada no processo de elaboração do planejamento.

Para Eros Roberto Grau, planejamento econômico “é a regra mediante a qual procura o Estado ordenar, sob ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado”.⁷⁸

⁷⁶ MINDLIN, Betty. O conceito de planejamento. In: _____. *Planejamento no Brasil*, p. 10.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*, p. 62.

O planejamento econômico somente ganhou forças no Brasil na década de 1950, com o Plano de Metas de 1956, elaborado durante o governo de Juscelino Kubitschek.

O Plano de Metas foi a primeira experiência efetiva de planejamento no Brasil que buscou reunir todos os projetos e programas setoriais, sendo atribuído aos órgãos especiais (com destaque para o Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDE – que assumiu o papel de coordenador dos programas governamentais e vinculou os recursos públicos específicos, sob forma de empréstimos, para destiná-los aos investimentos em setores estratégicos da economia nacional) a responsabilidade por sua execução, com relação ao sistema administrativo tradicional, o que gerou desgastes políticos, apesar de, por outro lado, ter contribuído para a fragmentação e, conseqüentemente, elaboração e implementação de políticas públicas que influenciaram a formação deste Plano (Comissão Mista Brasil-Estados Unidos e o Grupo Misto BNDE-CEPAL [Comissão Econômica para América Latina]).⁷⁹

A partir do regime militar o governo consolidou a forma planejada de atuação, ainda que com aspectos negativos. Esse modelo seguiu-se nos anos de 1960 e 1970, embora com críticas dirigidas à supervalorização da atuação estatal, que encontrava, ademais, entraves burocráticos, em detrimento da iniciativa privada.

José Afonso da Silva descreve como era o planejamento anteriormente à Constituição Federal:

De início, tal processo dependia simplesmente da vontade do administrador, que poderia utilizá-lo ou não. Não era, então, um processo juridicamente imposto, mas simples técnica, de que o administrador se serviria ou não.⁸⁰

Atualmente a atividade de planejar está prevista no art. 174 da Constituição Federal de 1988, inserido no capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, pertencente ao Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, como dever-poder do Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. Referido dispositivo traz em seu bojo que o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Diz-se que o planejamento econômico será apenas indicativo para o setor privado, pois o particular, no exercício da atividade econômica, poderá ou não aderir às diretrizes traçadas no plano. Isso ocorre, pois a ordem econômica

⁷⁹ ADRI, Renata Porto. *O planejamento da atividade econômica como dever do Estado*, p. 104.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 89.

brasileira tem fundamento constitucional no princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*).

Sobre o planejamento, agora nos moldes da Constituição Federal, José Afonso da Silva afirma que:

Atualmente a questão tomou outros rumos e sofreu radical transformação, porque o processo de planejamento passou a ser um mecanismo jurídico por meio do qual o administrador deverá executar sua atividade governamental na busca da realização das mudanças necessárias à consecução do desenvolvimento econômico-social.

[...] Importa, aqui, notar que, entre nós, sua natureza está perfeitamente estabelecida pela CF quando, no art. 48, IV, diz que “cabe ao Congresso Nacional dispor, com a sanção do Presidente da República, sobre planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento. Com isso, os planos adquirem a natureza de lei, pois de fato são aprovados por lei, de que ficam fazendo parte integrante”.⁸¹

Além dos dispositivos citados, a atividade de planejar também aparece, explícita ou implicitamente, em outros dispositivos constitucionais, tais como: arts. 21, IX, XVIII e XX; 23, IX; 25, § 3º; 29, XII; 30, VIII; 43, § 1º, II; 49, IX; 58, § 2º, VI; 74, I; 84, XI; 91, VII; 165, § 4º; 166, § 1º, II; 182, § 1º; e 187.

A Constituição Federal, ao contrário do que fez com relação a outras expressões, no tocante ao planejamento, conferiu o mesmo conteúdo jurídico ao termo em todas as vezes que o utilizou, ressaltando-se, é claro, as especificações que decorrem do campo de atuação em que o conceito se aplica, como é o caso do planejamento urbano.

Pode-se dizer, ademais, que o planejamento decorre, implicitamente, da leitura do art. 3º da Constituição Federal, que estabelece os objetivos da República Federativa do Brasil, especialmente dos incisos II (garantia do desenvolvimento nacional) e IV (promoção do bem de todos). O desenvolvimento nacional e o bem comum somente serão alcançados se o Estado promover uma ação planejada, voltada, inicialmente, para a economia, mas que acompanhe as necessidades sociais e que por tal razão apresente ramificações subseqüentes direcionadas, por exemplo, ao bem-estar dos habitantes de um município, interesse público qualificado pela Constituição Federal no art. 182, a ser alcançado pelo Estado.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 90.

3.2 Planejamento urbano

Fixadas as linhas gerais sobre planejamento econômico, cumpre agora determinar em que contexto delinea-se o planejamento urbano, e como ele é tratado pelo ordenamento jurídico brasileiro enquanto espécie de planejamento econômico. José Afonso da Silva afirma que “há diferenças que justificam um tratamento especial de sua problemática”.⁸²

A urbanização é um fenômeno que cresce a cada dia por causa do aumento da população, da inviabilidade da fixação de pessoas nas áreas rurais e, especialmente, da baixa demanda de empregos. A ocupação das cidades é ordenada sempre seguindo a mesma característica: fixação e desenvolvimento das atividades econômicas nas regiões centrais, que por tal razão tornam-se mais densas e dotadas de melhor infra-estrutura, e deixam a periferia, área escassa de investimento e recursos, para a população recém-chegada ao núcleo urbano.⁸³

Sobre a crescente urbanização destaca-se o pensamento de Le Corbusier:

O comércio e a indústria desenvolveram-se num ritmo que ultrapassa todas as previsões; afluxo de matérias ou de materiais; abandono dos meios manuais; virtude edificante e incontestável dos *exatos* produtos industriais etc. Na pressa da improvisação, as indústrias se concentram arbitrariamente, inflando, em demasia, as aglomerações existentes, e durante esse tempo – justamente devido a tal motivo – a terra é cada vez mais desprezada, pois a indústria recruta uma mão-de-obra sempre crescente.⁸⁴

Em virtude da grande concentração econômica da cidade situar-se na região central, investidores interessados na continuidade do desenvolvimento da região exercem forte pressão para que os planos de urbanização voltem-se ainda mais para esta área, de maneira a acentuar uma distorção que deveria ser corrigida.⁸⁵

⁸² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 93.

⁸³ LOEB, Roberto. Aspectos do planejamento territorial urbano no Brasil. In: MINDLIN, Betty. *Planejamento no Brasil*, p. 139-40.

⁸⁴ LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*, p. 27

⁸⁵ LOEB, Roberto. Aspectos do planejamento territorial urbano no Brasil, p. 140.

Isso ocorre até o ponto em que a concentração urbana torna-se tão exacerbada que impede a circulação das pessoas, momento em que as atenções são voltadas para as regiões periféricas, até então não valorizadas.⁸⁶

Desse modo, pode-se dizer que a necessidade de realização do planejamento urbano é condicionada pelo crescimento econômico, o que se observa, exemplificativamente, com o fenômeno ocorrido na Cidade de São Paulo, cujo crescimento econômico teve início com o ciclo da cultura de café quando, a partir da segunda metade do século XIX, toda a produção do Estado passou a ser escoada pelo porto de Santos, de maneira a tornar a cidade um importante pólo de ligação ferroviária dos lugares em que se concentrava a produção no interior até o porto.

Nesse período, muitos estabelecimentos bancários firmaram-se em São Paulo, o que serviu de base para o posterior crescimento industrial na região. Entre os anos de 1890 e 1900 o crescimento demográfico da cidade foi vertiginoso, mas foi somente em 1930 que surgiu o primeiro estudo territorial da Cidade de São Paulo, que traçava um plano de avenidas para complementar o sistema de viação.⁸⁷

Com o passar dos anos, o planejamento urbano veio ganhando força como instrumento de ordenação, porém sem que assumisse contorno jurídico, já que se tratava de medida política adotada sem que houvesse previsão no ordenamento jurídico. Nesse sentido, vale citar o pensamento de Jacintho Arruda Câmara:

O planejamento, antes de conquistar *status* de regra jurídica, ganhou a adesão dos teóricos da Ciência da Administração e da Economia. Em especial no campo urbanístico, a ação de planejar foi considerada indispensável ao crescimento racional e ordenado das cidades. Repetia-se, como regra inquestionável, a necessidade de planejamento urbano. Tal regra, todavia, tinha caráter exclusivamente metajurídico. Tratava-se de uma proposição da Ciência da Administração, do urbanismo. Não era dotada de juridicidade – vale dizer, seu descumprimento não demandava a aplicação de sanções jurídicas. A adoção do planejamento urbano, concretizado geralmente num plano diretor (às vezes aprovado em lei, outras vezes por mera decisão administrativa), dependia exclusivamente de uma avaliação de natureza político-administrativa. Assim, diversos Municípios editaram plano diretor sem que houvesse, contudo, obrigatoriedade de fazê-lo ou, mesmo, a fixação de qualquer padrão que estabelecesse um conteúdo mínimo a ser atendido pela planificação. A existência de um plano diretor era exigência que se punha no

⁸⁶ LOEB, Roberto. Aspectos do planejamento territorial urbano no Brasil, p. 140.

⁸⁷ Ibid., p. 148.

campo da Ciência da Administração Urbana, que somente adquiria contornos jurídicos se e quando fosse encampada na regulamentação (legal ou infralegal) de um dado Município.⁸⁸

O planejamento urbano é espécie de planejamento econômico, mas possui algumas características próprias, fixadas pelo ordenamento jurídico com base na Constituição Federal de 1988, que trazem como conseqüência a possibilidade de intervenção mais acentuada do Estado na esfera jurídica privada do que ocorre com o planejamento econômico.⁸⁹

Não é por outra razão que importante disposição constitucional a respeito do planejamento urbano, que institui o plano diretor como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 1º), está inserida no Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”, e faz que a atuação estatal na execução da política urbana submeta-se, entre outros, aos princípios constitucionais que regem a atividade econômica.⁹⁰

Os princípios gerais da atividade econômica revelam que não se pode olvidar do aspecto social, pois a despeito de ser espécie de planejamento econômico, o planejamento urbano, por também ser instrumento de realização de política urbana implementado por intermédio de normas urbanísticas, tem por finalidade a ordenação de todo o território de um município com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Nesse sentido destaca-se o pensamento de Márcio Cammarosano:

É bem verdade que o adequado desenvolvimento urbano constitui também condição fundamental para o desenvolvimento das atividades econômicas que ocorrem nas cidades, e sem as quais não são criadas riquezas a serem compartilhadas por todo o corpo social. Mas parece certo que a finalidade mais imediata dos dispositivos constitucionais em questão é viabilizar a democratização das funções sociais da cidade em proveito de seus habitantes, prevendo

⁸⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor (arts. 39 a 42). In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 319.

⁸⁹ SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*, p. 35.

⁹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

mecanismos de promoção do adequado aproveitamento do solo urbano.⁹¹

José Afonso da Silva utiliza a expressão “processo de planejamento”, e fornece o seguinte conceito:

Considera-se processo de planejamento a definição de objetivos determinados em função da realidade local e da manifestação da população, a preparação dos meios para atingi-los, o controle de sua aplicação e a avaliação dos resultados obtidos.⁹²

Fernando Alves Correia também considera o planejamento como um processo: “O vocábulo *planificação* expressa, assim, uma idéia de *acção*, de *processo*, enquanto o *plano* é algo que concretiza, que espelha o *resultado* do *processo* de planificação ou de planejamento.”⁹³

Dessa forma, por ser o planejamento um processo, iniciado no âmbito da Administração Pública, quando ainda em fase de estudos técnicos para apresentação do projeto de lei, decisão final que corresponde ao plano, a qual ao ser aprovada pelo Legislativo, servirá de diretriz para a execução da política urbana; a ele se aplica, em especial, a parcela do regime jurídico-administrativo destinada ao estudo do processo administrativo.

O devido processo legal, princípio consagrado como direito fundamental do cidadão no art. 5º, LIV (devido processo legal) e LV (contraditório e ampla defesa), deverá orientar a atuação do administrador na elaboração e na execução do planejamento, tanto em seu aspecto formal ou adjetivo como em seu aspecto material ou substantivo. O aspecto formal do princípio impõe a preservação da lisura e da regularidade do procedimento, a fim de que a sucessão encadeada dos atos, por ele materializada, não sofra qualquer espécie de subversão, bem como para que não falte ao procedimento nenhum ato que seja essencial e indispensável para a sua conclusão. Já quanto ao aspecto material, o devido processo legal é alcançado quando o processo é utilizado como forma de realização dos princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito.

⁹¹ CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 21.

⁹² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 135.

⁹³ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 168.

Ressalte-se que a possibilidade de controle das decisões estatais, com efetiva participação da população, por intermédio dos mecanismos de exercício da democracia direta, como consultas e audiências públicas, representa para o planejamento urbano a vertente mais importante do devido processo legal em seu aspecto substantivo e, demais disso, garante a formação da relação jurídica entre Estado-administração e cidadão, característica que qualifica o procedimento enquanto processo.

Assim, fixado o conteúdo do devido processo legal decorrente da Constituição Federal, em seus aspectos adjetivo e substantivo, faz-se necessário, agora, observá-lo à luz do regime jurídico-administrativo. O processo administrativo configura-se em dever da Administração Pública, que permite aos cidadãos o controle das decisões públicas decorrentes da aplicação da lei as quais afetarão seu patrimônio. Celso Antônio Bandeira de Mello fornece a seguinte definição de processo administrativo: “procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo.”⁹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza indistintamente as expressões “processo” e “procedimento”, muito embora entenda haver distinção conceitual entre ambas.⁹⁵ Não faz parte dos objetivos do presente estudo discorrer sobre a existência de diferença ou identidade conceitual entre os termos “processo” e “procedimento”. Apenas se quer deixar clara a opção pela doutrina que considera os termos como identificadores de realidades distintas. Nesse sentido, o *processo* representa a relação jurídica entre Estado e cidadão; trata-se de instrumento a serviço da paz social, enquanto o *procedimento* representa o rito pelo qual o processo é desenvolvido.⁹⁶ No planejamento urbano, a relação jurídica materializa-se pela garantia da participação popular.

Nessa esteira, de se conjugar tanto os aspectos formais como os aspectos materiais do devido processo legal para a elaboração do

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 477.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 478.

⁹⁶ FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*, p. 40-4. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*, p. 41.

planejamento urbano, observa-se que o art. 3º da Constituição Federal destaca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos (inciso IV). O art. 182, por sua vez, dispõe que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo garantir o bem-estar dos habitantes da cidade. Assim, para o alcance de tal objetivo, é necessário que métodos e estratégias sejam reunidos, para conformar uma atuação planejada.

Segundo Eros Roberto Grau, o planejamento é princípio e atividade-meio de toda atividade urbanística, e observa ainda que:

Planejar o futuro de uma região ou cidade significa controlar desenvolvimentos privados e programar ações de diferentes organismos públicos e, ainda, que os instrumentos de aplicação dos planos, tanto jurídicos como financeiros, dependam fundamentalmente dos procedimentos de ação governamental a distintos níveis, imediata será a conclusão de que a complexidade do fenômeno impõe sejam as técnicas de planejamento aplicadas, de forma integral, a todos os aspectos do desenvolvimento urbanístico e a todas as áreas que integrem a cidade e a região objeto de estudo.⁹⁷

Conforme dispõe Marcelo Lopes de Souza, as escalas existentes para o planejamento não são naturais nem imutáveis, mas sim produtos de mudanças tecnológicas, modo de organização da sociedade e de sua formação política.⁹⁸ Interessa aqui a organização que se extrai do ordenamento jurídico, mormente da Constituição Federal.

Com a necessidade de aplicação de técnicas de planejamento de forma integrada, para abranger os distintos níveis, conforme previsão constitucional, bem como da autonomia federativa que é assegurada a cada ente nos termos do art. 18 da Constituição Federal, o planejamento urbano realiza-se em nível nacional, regional e local, de maneira semelhante ao planejamento econômico que, como visto, pode ser realizado de forma global ou regional. A elaboração do planejamento será abordada, com base na competência constitucional material fixada para cada ente federativo, com a conseqüente abordagem direcionada para a análise da competência legislativa de cada ente prevista na Constituição Federal.

Conforme dispõe o art. 21, IX, da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*, p. 15-6.

⁹⁸ SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas*, p. 105.

[...]

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Ao que interessa ao estudo do direito urbanístico, o dispositivo constitucional mencionado firma novamente a idéia de que o crescimento urbano acompanha o crescimento econômico, e faz do planejamento urbano uma espécie de planejamento econômico que assegura não apenas o crescimento, mas também o desenvolvimento da sociedade.

De acordo com José Afonso da Silva, o plano urbanístico nacional:

[...] constituirá o conjunto de diretrizes gerais destinadas a instrumentalizar a política nacional do desenvolvimento urbano, ou conjunto coerente de medidas destinadas a estabelecer a orientação geral da ordenação territorial do país em função do bem-estar da população.⁹⁹

Afirma ainda o autor que a Constituição Federal, ao determinar que à União compete a elaboração e execução de planos regionais de ordenação territorial, referiu-se aos planos urbanísticos macrorregionais, que são planos supra-estaduais, abrangentes, na maioria das vezes, de área geográfica correspondente à região, sob controle de uma superintendência de planejamento regional, como a Sudene (Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste), a Sudam (Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia) e a Sudeco (Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste).¹⁰⁰ Todavia, na prática, não se pode afirmar a existência de planejamento urbanístico macrorregional porque, ressalva feita a aspectos setoriais como o do saneamento básico, não existe um sistema de ordenação desta abrangência.¹⁰¹ Pode-se se dizer que isso ocorre seja por falta de tradição de planejamento em escala nacional seja pela importância que é dada pela

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 115.

¹⁰⁰ A Sudam e a Sudene, ambas extintas em 2001, foram recriadas pelas Leis Complementares ns. 124 e 125 de 2007, respectivamente, e encontram-se vinculadas ao Ministério da Integração Nacional. Já a Sudeco, extinta em 1990, foi recriada pela Lei Complementar n. 129/2009. A Sudeco (Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste), extinta em 1990, ainda não foi recriada, mas existe um projeto de lei (PLS n. 261/2007), de autoria do Senador Paulo Paim, de 21 de maio de 2007, para sua recriação, que se encontra na CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) desde 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81074>.

Acesso em: 28 fev. 2010.

¹⁰¹ Op. cit., p. 121.

Constituição Federal ao Município para a execução da política urbana e aos Estados para cuidar das regiões metropolitanas, de maneira que relegue ao plano nacional uma gama restrita de possibilidades de atuação relacionadas à política urbana.

A União, ao instituir planejamento regional, exerce a competência que lhe foi conferida pelo art. 43 da Constituição Federal, que permite a divisão geográfica do território do país em regiões que apresentem as mesmas características econômicas e sociais, para fins de atuação administrativa.

Sobre planos nacionais e regionais, vale transcrever a citação de Eros Roberto Grau, que apesar de firmada antes da Constituição de 1988 possui conteúdo que se aplica ao ordenamento jurídico vigente:

Os planos – nacionais e regionais – de ordenação territorial admitidos no texto constitucional (art. 8º, V e XIV, da Emenda Constitucional 1/69) são evidentemente ancilares e caudatários do objetivo de desenvolvimento, nacional ou regional. Por isso mesmo, devem contemplar diretrizes gerais de desenvolvimento, especificamente referidas aos assentamentos territoriais, em vista da fixação de determinados objetivos a serem perseguidos. Ainda por isso consubstanciam tão-somente a determinação de metas a alcançar, sem a prescrição de normas de conduta e de organização, seja para os Estados-membros, ou para os Municípios, seja para as unidades do setor privado. Daí porque o plano é norma-objetivo.¹⁰²

Em outra obra, produzida após a Constituição de 1988, afirma o autor que o planejamento não se inclui entre as modalidades de intervenção do Estado na propriedade, apenas a antecede, a fim de trazer “padrões de racionalidade sistematizada”.¹⁰³

Trata-se de importante afirmação a ser considerada, que se propõe a analisar as intervenções do Estado que decorrem do planejamento urbano, pois a tão-só elaboração do planejamento, sem que haja mecanismo subsequente que lhe dê execução, não representa nenhuma intervenção do Estado.

Tirante a possibilidade de a União elaborar e executar planos macrorregionais, aos Estados também compete a elaboração e a execução de planos regionais. Cite-se, novamente, para ilustrar, a doutrina de José Afonso da Silva:

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano*, p. 99.

¹⁰³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p.151.

Abre-se aos Estados, aí, no mínimo, a possibilidade de estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões, além de sua expressa competência para estabelecer regiões metropolitanas (art. 25, § 3º).¹⁰⁴

A função dos planos regionais elaborados pelos Estados é a de realizar objetivos gerais ou microrregionais que venham como consequência de um conjunto de diretrizes e ações interurbanas e que levem a uma ordenação da rede urbana no território do Estado ou da microrregião, para que sirvam de base à atividade planejadora.¹⁰⁵ Assim, o Estado, enquanto ente político que corresponde à região ou que abriga a microrregião objeto do planejamento, exerce competência para implementação de políticas públicas interurbanas comuns, a qual não se confunde com a competência municipal para o desenvolvimento da política urbana em nível local.

Todavia, a identificação dos limites nos quais se encerra a competência municipal e inicia-se a competência estadual para tratar de regiões metropolitanas não é tarefa fácil. As regiões metropolitanas são criadas para resolver problemas comuns a um grande núcleo urbano, que compreende diversos Municípios. Assim, as necessidades de ordenação urbana transcendem o que está ao alcance da competência local do Município e o Estado passa a atuar no planejamento e na execução das funções públicas de interesse comum.

Outro problema que se verifica são os limites para o exercício da competência local de Municípios circunvizinhos integrantes de região metropolitana. Uma vez identificado o interesse do Estado para o reconhecimento de uma região metropolitana, o interesse local dos Municípios deve ser reavaliado, pois aquilo que se identificar com interesse de outros Municípios vizinhos será de interesse regional, e aquilo que ainda permanecer como interesse local deverá ser ordenado conforme o interesse regional, que reclama solução conjunta e não isolada. Assim, nos casos de conurbação, determinados aspectos de um Município, por serem comuns a aspectos de outros, deverão ser tratados de maneira uniforme por atuação do Estado, desde que haja a formação de uma região metropolitana, sem prejuízo da

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 126.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 127.

competência para regular aspectos de interesse local de cada um dos Municípios.

De certa forma, portanto, alguns aspectos considerados objeto de interesse local do Município, pelo fato do mesmo integrar área inserta em região metropolitana, passam a ser objeto de interesse regional, já que se revelam comuns aos demais Municípios que integram a região metropolitana. O interesse regional justifica-se em razão da necessidade de respostas que atendam às demandas de toda a área conurbada, resguardando-se, sempre, as peculiaridades de cada Município que a integra. Deve-se resguardar, contudo, a atuação municipal conforme a competência que lhe foi outorgada pela Constituição Federal.

Nesse sentido é o pensamento de Pedro Estevam Alves Pinto Serrano:

A administração da Região Metropolitana deve ser realizada em conjunto entre os Estados e Municípios, no sentido de que todos irão contribuir na formação das decisões administrativas e para a gerência da Região, permitindo em cada caso concreto aferir a real dimensão do interesse local, a fim de permitir uma atuação simplesmente municipal ou de cuidado regional, consoante aplicação da ordem constitucional discriminadora das referidas competências.¹⁰⁶

A Lei Complementar federal n. 14, de 08 de junho de 1973, anterior à Constituição de 1988, porém ainda em vigor, estabeleceu regiões metropolitanas em diversos Estados da Federação, dentre elas a região metropolitana do Município de São Paulo.¹⁰⁷ Para a administração da região metropolitana, a lei previu a existência de um conselho deliberativo e de um conselho consultivo,¹⁰⁸ cujos membros devem ser indicados tanto pelo Estado,

¹⁰⁶ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Região metropolitana e seu regime constitucional*, p. 136.

¹⁰⁷ “Art. 1º Ficam estabelecidas, na forma do art. 164 da Constituição, as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza.

§ 1º A região metropolitana de São Paulo constitui-se dos Municípios de:

São Paulo, Arujá, Barueri, Biritiba-Mirim, Caieiras, Cajamar, Carapicuíba, Cotia, Diadema, Embu, Embu-Guaçu, Ferraz de Vasconcelos, Francisco Morato, Franco da Rocha, Guararema, Guarulhos, Itapeverica da Serra, Itapevi, Itaquaquetuba, Jandira, Juquitiba, Mairiporã, Mauá, Mogi das Cruzes, Osasco, Pirapora do Bom Jesus, Poá, Ribeirão Pires, Rio Grande da Serra, Salesópolis, Santa Isabel, Santana de Parnaíba, Santo André, São Bernardo do Campo, São Caetano do Sul, Suzano e Taboão da Serra.”

¹⁰⁸ “Art. 2º Haverá em cada região metropolitana um Conselho Deliberativo e um Conselho Consultivo, criados por lei estadual.

§ 1º O Conselho Deliberativo constituir-se-á de 5 (cinco) membros de reconhecida capacidade técnica ou administrativa, nomeados pelo Governador do Estado, sendo um

quanto pelos Municípios que integrarem a região metropolitana, de maneira que assegure a participação de todos os entes e viabilize decisões conjuntas.

No mesmo sentido foi publicada a Lei Complementar estadual n. 815, de 30 de julho de 1996, que criou a região metropolitana da Baixada Santista, no Estado de São Paulo, e previu a possibilidade de criação de um conselho de desenvolvimento, com participação do Estado e os dos municípios integrantes da região metropolitana.¹⁰⁹

O mesmo ocorre com a Lei Complementar estadual n. 870, de 19 de junho de 2000, que criou a região metropolitana de Campinas e o Conselho de Desenvolvimento, o qual possui como uma das atribuições a criação de um conselho consultivo.¹¹⁰

deles dentre os nomes que figurem em lista tríplice feita pelo Prefeito da Capital e outro mediante indicação dos demais Municípios integrantes da região metropolitana.

§ 2º O Conselho Consultivo compor-se-á de um representante de cada Município integrante da região metropolitana sob a direção do Presidente do Conselho Deliberativo.

§ 3º Incumbe ao Estado prover, a expensas próprias, as despesas de manutenção do Conselho Deliberativo e do Conselho Consultivo.”

¹⁰⁹ “Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir, na Região Metropolitana da Baixada Santista, um Conselho de Desenvolvimento, de caráter normativo e deliberativo, composto por um representante de cada Município que a integra, e por representantes do Estado nos campos funcionais de interesse comum.

§ 1º Os representantes do Estado no Conselho de Desenvolvimento serão designados pelo Governador do Estado, a partir de indicações das Secretarias a que se vincularem as funções públicas de interesse comum, atendidas as prescrições do art. 10 da Lei Complementar nº 760, de 1º de agosto de 1994.

§ 2º Os representantes dos Municípios integrantes da Região, no Conselho de Desenvolvimento, serão os Prefeitos ou as pessoas por eles designadas, na forma da legislação municipal, assegurada, sempre, a participação paritária do conjunto dos Municípios em relação ao Estado, nos termos do art. 9º desta lei complementar.

§ 3º Os representantes e seus suplentes serão designados por um período de 24 (vinte e quatro) meses, permitida a recondução.

§ 4º Os membros do Conselho de Desenvolvimento poderão ser substituídos mediante comunicação ao Colegiado, com antecedência mínima de 30 dias.

§ 5º Sempre que houver mudança de Chefe do Poder Executivo Estadual ou Municipal, a substituição poderá ser realizada imediatamente, através de comunicação de Colegiado.”

¹¹⁰ “Art. 3º Fica criado o Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Campinas, de caráter deliberativo e normativo, composto por um representante de cada Município que a integra e por representantes do Estado nos campos funcionais de interesse comum, assegurada a paridade das decisões nos termos dos arts. 9º e 16 da Lei Complementar Estadual n. 760, de 1º de agosto de 1994, e art. 154 da Constituição do Estado de São Paulo.

§ 1º Os representantes do Estado no Conselho de Desenvolvimento serão designados pelo Governador do Estado, a partir de indicações das Secretarias a que se vincularem as funções públicas de interesse comum, atendidas as prescrições do art. 10 da Lei Complementar Estadual n. 760, de 1º de agosto de 1994.

§ 2º Os representantes dos Municípios integrantes da Região, no Conselho de Desenvolvimento, serão os Prefeitos ou as pessoas por eles designadas, na forma da legislação municipal.

§ 3º Os representantes e seus suplentes serão designados por um período de 24 (vinte e quatro) meses, permitida a recondução.

O art. 3º da Lei Complementar estadual n. 815/96, ao dispor que o Poder Executivo fica “autorizado” a instituir o Conselho de Desenvolvimento, conduz à idéia de que haverá discricionariedade ao aplicar a norma, ou seja, somente se o interesse público assim exigir, e de acordo com razões de conveniência e oportunidade é que será criado o Conselho de Desenvolvimento, para gerir e administrar a região metropolitana. Todavia, apesar da lei valer-se de palavras que podem levar à utilização do juízo discricionário no momento da aplicação, entende-se que a criação do Conselho de Desenvolvimento é obrigatória, e não se sujeita ao juízo de discricionariedade do administrador, que teria a faculdade de criá-lo ou não. Já o art. 3º da Lei Complementar estadual n. 870/2000 determina a criação do Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Campinas, ou seja, estabelece obrigação ao Poder Executivo do Estado de São Paulo e dos Municípios que integram referida região metropolitana. Não há, portanto, em ambos os casos, apesar da redação do art. 3º da Lei Complementar estadual n. 815/96 sugerir o contrário, discricionariedade do administrador na criação ou não do Conselho de Desenvolvimento.

O Projeto de Lei n. 3.460/2004, de autoria do deputado Walter Feldman, pretende instituir diretrizes para a Política Nacional de Planejamento Regional Urbano, criar o Sistema Nacional de Planejamento e Informações Regionais Urbanas, bem como o Estatuto da Metrôpole. Desde 27 de maio de 2009, o projeto está aguardando parecer de Comissão Especial, tendo em vista que trata de matéria que abrange competência das Comissões de Meio

§ 4º Os membros do Conselho de Desenvolvimento poderão ser substituídos mediante comunicação ao Colegiado, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

§ 5º Sempre que houver mudança de Chefe do Poder Executivo Estadual ou Municipal, a substituição poderá ser realizada imediatamente, através de comunicação ao Colegiado.

§ 6º As competências e o funcionamento do Conselho de Desenvolvimento serão especificados em Regimento Interno.

Art. 4º O Conselho de Desenvolvimento, em seu Regimento Interno, estabelecerá a criação e o funcionamento do Conselho Consultivo da Região Metropolitana, a ser composto por representantes dos legislativos escolhidos entre seus pares, com domicílio eleitoral na base geográfica da Região Metropolitana, e representantes da sociedade civil, escolhidos em processo a ser regulamentado, com as seguintes atribuições:

I – elaborar propostas representativas da sociedade civil dos Municípios metropolitanos a serem debatidas e deliberadas pelo Conselho de Desenvolvimento, nas áreas de interesse da Região Metropolitana de Campinas;

II – propor a constituição de Câmaras Temáticas e das Câmaras Temáticas Especiais de que trata o art. 12 da presente lei complementar.”

Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; Desenvolvimento Urbano; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania.¹¹¹

A tal sistematização, acrescenta-se ainda a realização do planejamento em nível local, realizado pelo Município, ente político que teve sua autonomia fortalecida ao receber da Constituição Federal competência para intervir de maneira direta na ordenação de todo o seu território, com vistas a garantir o bem-estar de seus habitantes e desenvolver de forma plena as funções sociais da cidade, nos termos seguintes:

Art. 30. Compete aos Municípios

[...]

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

[...]

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.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O planejamento municipal realizado é, por excelência, o planejamento urbano. Dentre a divisão constitucional dos entes federativos, por representar a menor escala, em que as relações jurídicas desenvolvem-se com maior proximidade, é no âmbito do Município que os deveres decorrentes do planejamento surgem de forma mais intensa, de maneira que proporcione o controle popular mais acentuado das decisões administrativas voltadas à ordenação do território para o desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Cumprе frisar, outrossim, que a exigência de planejamento urbano em todos os níveis federativos implica que haja integração entre eles, para promover o desenvolvimento adequado da rede urbana em todo o território

¹¹¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=251503>. Acesso em: 28 fev. 2010.

nacional, por intermédio dos planos nacional e regional, e o desenvolvimento urbano no quadro do Município.¹¹²

José Afonso da Silva afirma ainda que:

Com base na Constituição de 1988, já se pode falar na implantação de um sistema de planos estruturais, porque ela fundamenta a construção de um sistema de planos urbanísticos hierarquicamente vinculados, de modo que os de nível superior sirvam de normas gerais e diretrizes para os inferiores, enquanto estes concretizem, no plano prático e efetivo, as transformações da realidade urbana, em vista de objetivos pré-determinados. A questão estará em que a lei federal de desenvolvimento urbano busque instituir regras de aplicação das normas constitucionais que assegurem o equilíbrio das três esferas governamentais autônomas que compõem nossa Federação.¹¹³

Sobre a integração para a execução da política urbana, que deve ser observada entre todos os níveis de governo e também entre Poder Público e cidadãos, Hely Lopes Meirelles dispõe que:

O urbanismo é, em última análise, um sistema de cooperação. Cooperação do povo, das autoridades, da União, do Estado, do Município, de bairro, da rua, da casa de cada um de nós!

As normas urbanísticas não de baixar do plano nacional ao local, numa gradação descendente de medidas gerais que se vão particularizando do âmbito federal e estadual, e deste ao municipal, de modo a formar um sistema orgânico e funcional, com a tessitura própria de cada entidade estatal.¹¹⁴

Ademais, todo o planejamento urbanístico deve estar vinculado ao planejamento social e econômico (art. 4º, I, do Estatuto da Cidade).

Vista a competência material de cada ente federativo para a elaboração do planejamento, cumpre agora tratar da competência legislativa prevista na Constituição Federal em matéria urbanística.

A Constituição Federal estabelece competência concorrente de todos os entes para legislar sobre a matéria (art. 24, I). Na discriminação de competências prevista, a União deve legislar apenas sobre normas gerais (art. 24, § 1º), sem excluir a competência suplementar dos Estados e Distrito Federal (art. 24, § 2º). Reconhece-se a competência suplementar dos Municípios com a interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 30, I), já que esta prevê a autonomia de todos os entes federativos (art. 18, *caput*). Na

¹¹² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 100-1.

¹¹³ *Ibid.*, p. 106.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Urbanismo e proteção ambiental*, p. 40.

ausência de norma geral da União, competirá aos Estados e ao Distrito Federal o exercício da competência plena que abrange tanto a edição de normas gerais, que serão limitadas as suas peculiaridades, como de normas específicas (art. 24, § 3º).¹¹⁵ Ao sobrevir norma geral da União, a legislação estadual supletiva terá sua eficácia suspensa naquilo que for incompatível (art. 24, § 4º).

Ricardo Marcondes Martins¹¹⁶ propõe o estudo das normas gerais de direito urbanístico com base nos princípios constitucionais da igualdade e da segurança jurídica. Segundo o autor, o conteúdo das normas gerais não é fixado previamente na Constituição Federal, mas sim após a ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da igualdade. Prevalecerá o princípio da segurança jurídica nos casos em que for necessário estabelecer o mesmo tratamento a um determinado assunto por todos os entes federativos. O princípio da igualdade, por sua vez, prevalecerá sempre que a norma geral, a fim de respeitar as peculiaridades regionais e locais existentes, não puder esmiuçar determinada matéria.

No que interessa especificamente às normas gerais de direito urbanístico, prossegue o autor na afirmação de que a União, antes de editá-las, deverá se atentar para a competência já fixada constitucionalmente aos Estados (art. 25, § 3º) e aos Municípios (arts. 30, I, e 182, § 1º). Nesse cenário, compete à União editar três espécies de normas gerais: 1) normas gerais editadas com fundamento no art. 24, I; 2) normas gerais editadas com base no art. 21, XX, as quais apesar de corresponderem à competência administrativa, dispõem sobre diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano; e 3) normas gerais editadas com base no art. 182.

Também menciona o autor a existência de normas gerais de primeiro e segundo níveis. As primeiras, em virtude da existência dos arts. 30, VIII, e 182, que privilegiam a competência do Município, devem ser editadas pela União com prioridade ao princípio da igualdade em face do princípio da segurança jurídica e, por tal razão, devem ser o mais geral possível. Para as normas de segundo nível, o mesmo raciocínio deve ser aplicado, porém agora

¹¹⁵ Trata-se da competência supletiva, cuja edição pressupõe a ausência de norma geral federal.

¹¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Normas gerais de direito urbanístico, p. 67-87.

para verificar a competência dos Estados para editar norma específica em matéria urbanística ou norma geral, e, portanto, deve-se respeitar o interesse local dos Municípios.

Por fim, traz o autor importante contribuição ao afirmar que a omissão da União ou dos Estados na edição de norma geral não pode inibir a competência dos Municípios para legislar sobre interesse local prevista no art. 30, I, da Constituição Federal. Cumpre destacar que, ao menos no que tange ao art. 182, a União já se encarregou de estabelecer as normas gerais por intermédio da edição da Lei n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade.

Desse modo, analisada em linhas gerais a discriminação constitucional de competências para legislar sobre direito urbanístico, conclui-se, conforme já esboçado em estudo anterior,¹¹⁷ que o exercício da atividade urbanística, em especial no que aqui interessa, a atividade de planejar, depende da edição de lei da União, ou do Estado quando ausente esta, que trace as diretrizes gerais a serem observadas pela legislação dos demais entes federativos. Todavia, em decorrência da competência específica conferida constitucionalmente aos Municípios, ainda que não haja norma geral, quer da União quer dos Estados, reconhece-se sua competência plena para legislar sobre matéria urbanística.

Com a Constituição da República de 1988, os Municípios alcançaram autonomia política, administrativa, financeira e legislativa mais acentuada e, especialmente no que tange ao direito urbanístico, que cuida das normas de ordenação do território destinadas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, consistentes em habitação, trabalho, lazer e circulação, sua autonomia torna-se ainda mais acentuada, já que toda a aplicação de todos os instrumentos urbanísticos é voltada à melhoria das condições da cidade, que integra o Município.

Sobre as espécies de planejamento urbano, com ênfase na competência de cada ente federativo, material ou legislativa, encontra-se a seguinte afirmação na obra de Hely Lopes Meirelles:

Cabe à União elaborar o plano nacional de ordenação do território e editar as normas gerais de Urbanismo, compete aos Estados

¹¹⁷ SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*, p. 28.

organizar o plano estadual de ordenação do território e estabelecer normas urbanísticas regionais, suplementares das federais; aos Municípios cumpre elaborar o Plano Diretor e promover o adequado ordenamento urbano, instituindo as normas legais pertinentes.¹¹⁸

Retomando a análise do processo de planejamento urbano é possível dizer que esse processo confere legitimidade às posteriores intervenções do Estado, e possibilita o controle das decisões administrativas pelo cidadão, o que leva à efetividade do princípio republicano bem como do princípio da boa Administração.

Para Carlos Ari Sunfeld¹¹⁹ o planejamento é princípio instrumental da ação urbanística, nos termos traçados pelo Estatuto da Cidade no art. 2º, IV. É um dever que impõe considerar as exigências urbanísticas no planejamento geral do Estado.

Ainda segundo o autor, o planejamento é um princípio que exige a edição de planos urbanísticos, que serão pressupostos para a ação urbanística, tanto do Poder Público como dos particulares. O planejamento urbano, portanto, impõe deveres tanto ao Estado como aos cidadãos, porém o presente estudo será direcionado aos deveres existentes em face do Estado. A partir daí, encontra-se uma característica que distancia o planejamento urbano do planejamento econômico geral, pois este, fundado no princípio da livre iniciativa, que rege a ordem econômica (art. 170, *caput*, da Constituição Federal), será em regra indicativo e estabelecerá diretrizes gerais para o desenvolvimento econômico (art. 174, § 1º), sem que haja obrigatoriedade de se estabelecer planos de execução, salvo hipóteses excepcionais, em que o interesse público prevalecerá sobre a livre iniciativa do particular,¹²⁰ ao passo

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, p. 114.

¹¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da cidade (Comentários à lei federal 10.257/01)*, p. 56.

¹²⁰ O interesse público prevalecerá sobre a livre-iniciativa, por exemplo, quando o Estado tiver que regular os preços para que não tolham o exercício de direitos individuais e sociais, como já ocorreu com relação às mensalidades escolares. Nesse sentido: “Agravo regimental. O despacho agravado enfrentou a questão constitucional em causa ao afastar as alegações de inconstitucionalidade do dispositivo legal atacado baseadas nos princípios da livre-iniciativa, da livre-concorrência, da liberdade de ensino pela iniciativa privada e da isonomia, com o entendimento desta Corte, na ADIn n. 319 – relativa a critérios de reajuste de mensalidades escolares – que permite ao Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros, fim a que visou, como bem demonstrado pelo acórdão recorrido, o dispositivo legal impugnado. Inexistência, no caso, de ofensa ao ato jurídico perfeito e,

que o planejamento urbano será sempre imperativo, já que é vinculante para os seus destinatários.

De acordo com José Afonso da Silva, segundo o critério da obrigatoriedade, os planos são classificados em imperativos e meramente indicativos. Com relação aos planos imperativos, o Poder Público impõe diretrizes à coletividade; e com relação aos meramente indicativos, o Poder Público estimula o comportamento dos indivíduos a fim de que se ajustem às suas diretrizes, pois eles possuem liberdade para aderir ou não ao plano.¹²¹

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, além desses dois tipos de planos, considera também os planos incitativos:

Planos **indicativos** são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, planos **incitativos** são aqueles em que o Governo não somente **sinaliza**, mas pretende também o **engajamento** da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa-fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os planos **imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado.¹²² (grifos da autora)

A mesma classificação é apontada por Fernando Alves Correia, com a ressalva de que os planos incitativos são por ele denominados de influenciativos ou orientadores:

Os planos *indicativos* contêm apenas datas e previsões. O seu escopo esgota-se no fornecimento às instâncias públicas e aos particulares de informações de natureza econômica, nas quais podem fundamentar a sua actividade, se assim o desejarem. Estão despidos de qualquer eficácia vinculativa ou mesmo orientadora.

Os planos *influenciativos* ou *orientadores* têm como finalidade moldar as actuações dos operadores económicos aos objectivos nele contidos, mas não o fazem através de medidas coercivas, mas antes por meio do anúncio de *estímulos* (v. g., subvenções financeiras,

conseqüentemente, ao direito adquirido por não haver, no caso, aplicação retroativa da legislação em causa, ao contrário do que ocorreu na hipótese objeto de julgamento no RE n. 175.498. Agravo a que se nega provimento" (STF, AI n. 214.756 Ag. Reg./SP, São Paulo, rel. Min. Moreira Alves. j. 03.11.1998). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

¹²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 93.

¹²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. p. 12-3.. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

benefícios fiscais, empréstimos com taxas de juro bonificadas, realização de infra-estruturas, designadamente a construção de estradas ou a instalação de parques industriais, o fornecimento de crédito à exportação, etc.) aos comportamentos enquadrados nos objectivos dos planos ou de *desvantagens* no caso de procedimentos contrários aos seus fins.

[...]

Os planos *imperativos* são juridicamente vinculantes para os respectivos destinatários. Estabelecem *proibições* e impõem *obrigações* (v. g., contingentamento da produção ou da importação, a fixação de preços máximos para bens e serviços, a imposição de investimentos ou o seu impedimento, etc.). Trata-se, em qualquer caso, de instrumentos limitativos da liberdade da iniciativa económica.¹²³

Agustín A. Gordillo comenta o aspecto indicativo do planeamento económico e afirma que em razão do mesmo, a Administração assume responsabilidade pelo não-cumprimento do plano:

[...] esse enunciado indicativo tem também o alcance, a nosso juízo, de comprometer a *responsabilidade* da Administração se esta não cumpre seus compromissos diante dos particulares que voluntariamente decidiram acolher o plano. Em outras palavras, se um particular ajustar livremente sua conduta ao plano, impulsionado pelos meios de persuasão que o mesmo contém, e logo esses meios não são concretizados, é evidente que o indivíduo poderá, com fundamento legal nas previsões e afirmações do plano, reclamar o cumprimento de tais postulados ou, em sua falta, exigir a reparação do prejuízo que se lhe ocasionou. Claro está que, para isso, será necessário que do plano surja claramente quem está contemplado na norma, quais são os benefícios a conceder e como se concederão, pois, na ausência de tal previsão, não existirá uma conduta concretamente regulada que o indivíduo possa exigir como direito subjetivo.¹²⁴

Não se discorda do autor com relação à responsabilização da Administração decorrente da não-execução do plano, em especial com relação à responsabilização dos agentes públicos, contudo, há que se fazer uma observação. A não-execução do plano ensejará conseqüências à Administração, seja ele indicativo ou obrigatório, e, assim, não é o fato do plano ser indicativo que leva à responsabilização da Administração, mas sim o fato de que sua execução é dever do Estado, fato esse previsto no ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Cumprido destacar, ademais, que a finalidade da atuação do Estado decorrente do planeamento urbano deve ser unicamente a ordenação do

¹²³ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 202-3.

¹²⁴ GORDILLO, Agustín A. Aspectos jurídicos del plan, p. 423.

território de um Município destinada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, pois caso se pretenda, por meio de normas urbanísticas, a regulação de mercado ou atividade econômica, a intervenção não mais terá por característica a obrigatoriedade, uma vez que se verifica o desvio de finalidade. É o que ocorre, por exemplo, quando a pretexto de ordenar seu território para o alcance do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, um Município, por intermédio de sua lei de zoneamento, restringe ou proíbe a realização de uma atividade econômica em determinada área da cidade, de maneira que, ao final, comprometa a livre-iniciativa.¹²⁵

Dessa forma, a atuação do Município, em matéria urbanística, que não corresponda à ordenação do território com vistas ao desenvolvimento das funções sociais da cidade será considerada inconstitucional.

Ademais, a ordenação do território destinada ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, por ser interesse público, não pode ser objeto de disposição por parte do Estado, pois além da supremacia do interesse público sobre o privado, a atividade administrativa também deverá ser orientada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, que a torna indelegável. Assim, o Estado deverá planejar e executar toda a política urbana, de maneira que estabeleça imposições aos cidadãos, os quais deverão aceitá-las, já que possuem por finalidade o alcance do interesse público definido em lei. Situação diferente ocorre quando se está diante do um plano econômico, que possui caráter indicativo e por tal razão apenas estabelece diretrizes a serem ou não seguidas pelos cidadãos, já que tem por finalidade a regulação da atividade econômica, qualificada como interesse privado perante o ordenamento jurídico brasileiro.

A atividade econômica é de livre-iniciativa de todos e segue apenas comandos gerais do Estado, sem a imposição de limitações ou restrições específicas, já que se trata de interesse particular do cidadão desenvolver a atividade econômica que melhor lhe aprouver com a finalidade de obter lucro.

¹²⁵ “APELAÇÃO. Mandado de segurança. A Lei Municipal que impõe restrição à construção de farmácias e drogarias no raio de 300 m uma das outras representa ofensa aos princípios constitucionais da livre-concorrência, do livre exercício das atividades econômicas e da defesa do consumidor e, desta forma, não pode prevalecer. Precedentes do STF. Recursos desprovidos (voto 8.512)” (TJ/SP, Ap. cível n. 601.706-5/2/Mauá, rel. Des. Sérgio Gomes, j. 02.04.2008). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

Assim, o planejamento econômico direcionado aos particulares serve apenas como incentivo, a ser seguido ou não. Há casos excepcionais, contudo, em que o planejamento econômico tornar-se-á obrigatório, como para o controle dos preços, apenas para garantir a livre-iniciativa, conforme entendimento de Luís Roberto Barroso.¹²⁶ São situações em que a intervenção do Estado na área econômica torna-se necessária para que não haja o perecimento de direito fundamental.

Já a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será realizada, nos termos do art. 173 da Constituição Federal, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definição legal, ou seja, quando o interesse público justificar a atuação do Estado na esfera econômica.

Assim, em decorrência do planejamento urbano, o Estado realiza intervenção que pode implicar limitação administrativa à propriedade ou ainda sacrifício parcial ou total do direito. E é certo que imposições gerais ou individuais não podem ser tomadas como indicativas e deixar de ser obedecidas pelos particulares.

Outro ponto que merece atenção é a diferenciação entre planejamento e gestão urbanos, que parte da sociologia urbana mas encontra reflexos que interessam ao Direito. De acordo com Marcelo Lopes de Souza, na década de 1990, cogitou-se a substituição do planejamento pela idéia de gestão, por essa representar uma forma de controle mais democrática, ao contrário do planejamento, que representava um modelo mais técnico. Todavia, para o autor, os termos não são substituíveis, pois possuem referenciais temporais distintos e, ainda, dizem respeito a diferentes tipos de atividades que se complementam, mas não se confundem, ainda que a concepção de ambos deva ser indissociável.

Até mesmo intuitivamente, planejar sempre remete ao futuro: planejar significa tentar prever a evolução de um fenômeno ou, para dizê-lo de modo menos comprometido com o pensamento convencional, tentar simular os desdobramentos de um processo, com o objetivo de melhor precaver-se contra prováveis problemas ou, inversamente, com o fito de melhor tirar partido de prováveis benefícios. De sua parte, gestão remete ao presente: gerir significa administrar uma

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços.

situação dentro dos marcos dos recursos presentemente disponíveis e tendo em vista as necessidades imediatas.¹²⁷

Sobre a necessidade de integração entre planejamento e gestão, encontra-se o pensamento de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ao tratar de licitações e contratos preocupa-se com o tema:

Com freqüência, quem planeja não sabe como os contratos estão sendo executados e quem administra os contratos não sabe como estão eles sendo planejados, porque falta à equipe que cuida da contratação a visão do processo. O planejador tem que receber o *feed-back* dos gestores dos contratos já celebrados. Estes têm que participar do planejamento, não necessariamente conduzir o processo nessa etapa, mas participar do planejamento. Para quê? Para fornecer informações, a quem está planejando novos contratos semelhantes, sobre os problemas que eles, gestores, estão encontrando na execução dos contratos. E vice-versa, se eles estão administrando a execução dos contratos precisam saber o que motivou a escolha de determinadas cláusulas, como o procedimento licitatório foi planejado e conduzido, as negociações que ocorreram etc. Só assim eles poderão cumprir adequadamente sua função, que é fundamental, como acentuei acima, para a eficácia do processo de contratação.¹²⁸

A gestão, por estar situada em momento subsequente à elaboração do plano, corresponde à fase em que se verifica sua execução.¹²⁹

Deve-se destacar, contudo, que o fato da gestão ser um instrumento mais democrático não significa que ao planejamento não se deve reconhecer tal característica. A democracia é condição inerente ao Estado brasileiro e deve nortear toda a sua atuação, conforme já previsto logo no art. 1º da Constituição pátria, que institui o Estado Democrático de Direito. Ademais, no que interessa em especial ao direito urbanístico, o art. 2º do Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001, que fixa as diretrizes para a execução da política urbana, assim prevê em seu inciso II:

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:

[...]

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas de vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

¹²⁷ SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*, p. 46 e 58.

¹²⁸ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Licitações nas empresas estatais. Disponível em: <<http://www.celc.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

¹²⁹ CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 78.

Como se observa, a gestão democrática, ou seja, a participação consciente da população, permeará toda a atividade estatal voltada ao desenvolvimento da política urbana, desde a formulação dos planos, como etapa final do processo de planejamento, até a execução e o acompanhamento para eventual revisão, de maneira que dê aplicação aos princípios da Administração, em especial, aos da publicidade e da moralidade, sem deixar de mencionar o princípio republicano.

Para o direito positivo e, em especial, para o direito urbanístico, portanto, interessa considerar a gestão democrática, que deverá ser garantida em todas as fases da execução da política urbana.

3.3 Plano diretor

3.3.1 Considerações iniciais

O plano diretor possui seu regime jurídico delineado com a Constituição da República em seu art. 182, que o prevê como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (§ 1º) e atribui-lhe o papel de dar o conteúdo normativo da função social da propriedade em cada Município (§ 2º). No plano infraconstitucional, a Lei n. 10.257/2001, que criou o Estatuto da Cidade, dirigiu ao plano capítulo específico, que estabelece, em linhas gerais, o procedimento para sua elaboração, as hipóteses de obrigatoriedade, além do seu conteúdo mínimo.

Assim, pelo fato de possuir tratamento legal e constitucional, que deve ser elaborado por todos os Municípios do país com no mínimo vinte mil habitantes, como exigência constitucional prévia, o plano diretor será adotado no presente trabalho como referência para o estudo do processo de planejamento urbano, muito embora não se ignore a existência de outros planos de urbanização, os quais, por atenderem às realidades e à legislação de cada Município, não servem de base segura para o estudo do dever jurídico, que reclama sistematização geral.

Ademais, ao se tomar por base a finalidade a que se propõe, o plano diretor municipal pode ser classificado como plano global, já que estabelece um

ordenamento integral do território por ele abrangido e disciplina todos os usos de destinação do espaço.¹³⁰

O planejamento é o processo ao cabo do qual se tem uma decisão final correspondente a um plano que, após aprovado como lei municipal, deverá ser executado pelo Poder Público a fim de promover a adequada política urbana. Para atender aos ditames constitucionais, portanto, cabe ao Município, após o transcurso do processo de planejamento, a aprovação do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 1º).

Nesse sentido, antes de tratar do regime jurídico que se aplica ao plano diretor, convém trazer à baila o que se entende por política urbana, já que o seu desenvolvimento é a finalidade a que se dispõe o plano diretor enquanto instrumento jurídico.

3.3.2 Política urbana

A análise da política urbana é tema prévio ao estudo do regime jurídico do plano diretor, pois a Constituição Federal a ela destinou capítulo próprio (Capítulo II do Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira”) e elegeu o plano diretor como instrumento básico a defini-la.

Demais disso, cumpre estabelecer a relação entre as políticas urbana e pública, tema recorrente na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e dessa relação extrair aquilo que interessa ao estudo científico do Direito, enquanto conjunto de normas jurídicas e, em especial, no que se refere ao planejamento.

Maria Paula Dallari Bucci afirma que o plano diretor é uma das espécies normativas mais típicas das políticas públicas.¹³¹ Com base na afirmação da autora, é possível alocar a política urbana como espécie de política pública, já que o plano diretor contém as diretrizes para a execução da política urbana. A autora também fornece seu conceito jurídico de política pública:

¹³⁰ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 187.

¹³¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 21.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.¹³²

A seguir, a autora arrola os elementos que considera estruturantes no conceito: ação-coordenação, processo e programa.¹³³ De fato, é possível identificar na política urbana, de forma que a caracterize como espécie de política pública, os três elementos estruturantes apontados.

A política urbana, de acordo com determinação constitucional, deverá ser exercida mediante ação coordenada de todos os entes da Federação, os quais deverão elaborar e executar, por intermédio de atividades jurídica e material, planos nacionais, regionais e locais, que manterão diálogo entre si para alcançar a ordenação do território de um Município e, ao final, cumprir a função social a que se destina a cidade.

Nesse sentido é o pensamento de Carlos Ari Sundfeld:

Assim, um dos aspectos da política urbana é o de sua “coordenação externa”, isto é, a definição dos modos pelos quais se compatibilizará com as demais políticas. Para viabilizar essa coordenação a Constituição adotou um sistema de *racionalidade decisória* em que as normas e decisões em matéria urbanística (isto é, de política espacial da cidade) têm sua validade condicionada ao respeito de normas e decisões de maior abrangência, tanto no sentido territorial (a política espacial da cidade deve compatibilizar-se com a política nacional de ordenação do território) como temático (a política espacial da cidade deve compatibilizar-se com a genérica política de desenvolvimento).¹³⁴

O processo é o instrumento jurídico pelo qual a política urbana é elaborada e executada. Entende-se que o processo é o instrumento jurídico adequado para a execução da política urbana, pois somente por seu intermédio é formada a relação jurídica entre Estado-administração e cidadão, ao qual

¹³² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 39.

¹³³ *Ibid.*, p. 40.

¹³⁴ O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 50.

deverá ser garantida a participação em todas as fases de maneira que garanta a gestão democrática.

Por fim, o programa da política urbana são as diretrizes a serem observadas, em especial pelos Municípios, que serão os responsáveis finais por sua execução. As diretrizes deverão refletir o conteúdo constitucional o qual, de maneira primordial, determina que o plano diretor será o instrumento responsável pela definição da função social da propriedade urbana, bem como os objetivos definidos na Lei n. 10.257/2001, que criou o Estatuto da Cidade.

Os elementos apontados pela autora como caracterizadores da política urbana refletem, de certo modo, o planejamento, que deverá contar com uma ação coordenada das diferentes esferas governamentais, instrumentalizar-se mediante um processo e, ao final, produzir um programa que contenha diretrizes a serem observadas pelos cidadãos. Assim, conclui-se que a execução de toda política pública depende de atuação planejada do Estado, idéia esta que se torna ainda mais emblemática quando se trata da política urbana, vez que o plano diretor foi eleito pela Constituição Federal como o instrumento jurídico adequado a sua promoção, de forma que aproxime planejamento e política urbana, aquele como pressuposto dessa.

Bruno de Souza Vichi, sem descurar dos elementos que compõe o conceito de política pública, fornece seu conceito de política urbana:

Política urbana para um dado Município é, dentre outras coisas, aquilo que o seu Plano Diretor diz que é (para que não haja qualquer contradição entre essa afirmação e o restante do trabalho, obviamente que estamos assumindo que o Plano Diretor deve estar integrado com todos os demais regramentos atinentes à matéria urbanística, sejam eles de natureza municipal, estadual ou federal), pois representa a tradução das escolhas democraticamente realizadas pelos munícipes para a consecução de ações concretas no âmbito da *urbs*, por via da gestão participativa, posteriormente validada, com força de lei, por meio da Câmara Municipal, a casa dos representantes da população municipal.¹³⁵

Assim, interessa para o presente estudo apenas o amparo legal que é dado pelo sistema jurídico à execução de determinada política pública, que, no caso da política urbana, nada mais é do que a execução do planejamento urbano, a ser realizada mediante a expedição de atos administrativos. Os elementos extrajurídicos, como dados econômicos, históricos e sociais que

¹³⁵ VICHI, Bruno de Souza. *Política urbana. Sentido jurídico, competências e responsabilidades*, p. 119.

também fazem parte da política pública, deverão ser apartados da análise jurídica. Ao que toca ao Direito, e em linhas gerais, portanto, as políticas públicas são diretrizes previstas em normas jurídicas, que demandam execução mediante atos administrativos. Pode-se afirmar que, em última análise, as políticas públicas são as finalidades previstas em norma jurídica para o alcance de determinado interesse público no caso concreto.

Dessa forma, o controle judicial de políticas públicas, objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial, corresponde ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, em especial aqueles expedidos no exercício de competência discricionária.

O plano diretor, por ser a decisão final do processo de planejamento, e enquanto instrumento constitucional da execução da política urbana, fornecerá as diretrizes a serem cumpridas pelo Poder Público Municipal, as quais representarão a política pública de ordenação do território de um Município para o alcance das funções sociais da cidade, interesse público urbanístico em última instância.

3.3.3 Regime jurídico do plano diretor

O plano diretor é decisão final que encerra o processo de planejamento. Suas disposições não têm o cunho de estabelecer limitações ou restrições a serem aplicadas diretamente na esfera jurídica dos administrados, mas apenas de estabelecer diretrizes gerais e fornecer instrumentos que deverão ser utilizados para a execução da política urbana, tanto pelo Estado como pelos cidadãos.

É mister ressaltar a necessidade de o plano diretor estabelecer diretrizes gerais, que possam abrigar a dinamicidade com que o interesse público se modifica, e de deixar para a legislação que trata dos planos setoriais ou específicos de urbanização as normas jurídicas que estabelecem restrições diretas à esfera jurídica dos cidadãos.

Nesse sentido, vale citar Hely Lopes Meirelles, cujas lições foram proferidas antes da Constituição de 1988, mas que são aplicáveis até os dias de hoje:

O plano diretor não é um projeto executivo de obras e serviços públicos, mas sim um instrumento norteador dos futuros empreendimentos da prefeitura, para o racional e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade. Por isso não exige plantas, memoriais e especificações detalhadas, pedindo apenas indicações precisas do que a Administração pretende realizar, com a locação aproximada e as características estruturais ou operacionais que permitam, nas épocas próprias, a elaboração dos projetos executivos com a estimativa dos custos das respectivas obras, serviços ou atividades que vão compor os empreendimentos anteriormente planejados, sejam construções isoladas, sejam planos setoriais de urbanização ou de reurbanização, sejam sistemas viários, redes de água e esgoto, ou qualquer outro equipamento público ou de interesse social.¹³⁶

A importância do plano diretor, ademais, está no fato de que ele foi eleito pela Constituição Federal como o instrumento básico de execução da política urbana, a qualificar juridicamente o conteúdo da função social da propriedade urbana (art. 182, § 2º).

De acordo com Adilson Abreu Dallari,¹³⁷ o plano diretor é um plano físico destinado a disciplinar os espaços urbanos, diferentemente dos planos plurianuais, que são instrumentos econômicos.

Ainda segundo o autor, antes da Constituição de 1988 o plano diretor possuía conteúdo muito amplo, pois tratava de diversos assuntos que não a ordenação do território e trazia pouca repercussão jurídica no tocante ao direito de propriedade. Após o advento do texto constitucional atual, sua abrangência diminuiu, e alterou-se substancialmente o conceito de propriedade imobiliária urbana.

Isso ocorreu pelo fato de a Constituição Federal ter escolhido o plano diretor como instrumento jurídico apto a dar conteúdo à função social da propriedade urbana. Como lecionam os atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles: “o plano diretor serve como parâmetro para que se possa aferir se a propriedade urbana está, ou não, cumprindo sua função social”¹³⁸.

Assim, a função social da propriedade, como elemento que delinea o perfil do direito de propriedade, deve ser observada, em primeiro lugar, ao se

¹³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Urbanismo e proteção ambiental*, p. 51.

¹³⁷ DALLARI, Adilson de Abreu. *Instrumentos da política urbana*. In: _____; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da cidade (Comentários à lei federal 10.257/2001)*, p. 77.

¹³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, p. 115.

elaborar a legislação sobre o plano diretor, de forma que corrija as distorções de ordenação do solo, mas sem aniquilar o direito de propriedade.¹³⁹

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, em seu art. 151, § 1º, impõe ao Município as seguintes obrigações para o devido cumprimento da função social da propriedade: “I – prevenir distorções e abusos no desfrute econômico da propriedade urbana e coibir o uso especulativo da terra como reserva de valor; II – assegurar o adequado aproveitamento, pela atividade imobiliária, do potencial dos terrenos urbanos, respeitados os limites da capacidade instalada dos serviços públicos; III – assegurar a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana e recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público”.

Até que seja aprovado pelo Poder Legislativo Municipal, o plano, como ato que encerra o processo de elaboração do planejamento, é apenas proposta. Depois de aprovado, o plano diretor, assim como os demais planos urbanísticos específicos, assume natureza jurídica de lei municipal. A Lei Orgânica e o Regimento Interno da Câmara de cada Município é que deverá determinar se a lei que instituir o plano diretor será aprovada como lei ordinária ou complementar, e fixar, nesse caso, o quórum para sua aprovação.

A respeito da natureza jurídica dos planos urbanísticos, José Afonso da Silva aponta que:

E não poderia ser diferente, pois os planos urbanísticos importam inovação de grande profundidade no ordenamento jurídico, como temos observado, impondo obrigações e constrangimentos e gerando direitos, que, no sistema brasileiro, somente se compreendem mediante lei.¹⁴⁰

A atuação da Administração é norteadada pelo princípio da legalidade, inscrito no art. 37 da Constituição Federal. A contrapartida ao princípio da legalidade da Administração encontra-se no art. 5º, II, da Constituição Federal, que estabelece o princípio da legalidade como o direito fundamental do cidadão

¹³⁹ SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*, p. 44.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. p. 98.

de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.¹⁴¹

Sobre princípio da legalidade, merece destaque a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em suma: é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: “restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei”, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.¹⁴²

Observa-se, no pensamento do autor, a preocupação em evitar a atuação da Administração pautada por comandos infralegais e infraconstitucionais que representem abuso de competência e maculem o direito dos cidadãos. Nesse cenário, a lei, instrumento emanado no mínimo pelo voto da maioria dos parlamentares eleitos pelo povo, representa uma forma de controle da atividade administrativa.

Nesse mesmo sentido é o pensamento do Marcello Caetano:

Tratando-se de relações em que o Estado intervenha, é preciso que este se apresente submisso às leis e não como soberano: o Estado, quando nelas figura como sujeito, não impõe uma vontade dotada do poder no superlativo, a sua vontade está já submetida às regras gerais previamente definidas pelos órgãos soberanos. Como soberano, o Estado constitui-se e legisla; mas, ao administrar, o mesmo Estado só tem aquele poder de comandar que as suas próprias leis lhe conferem – um poder que é *autoridade* mas não *soberania*, embora desta derive. Assim, a *legalidade*, ou submissão da Administração às leis, é condição essencial da existência do Direito Administrativo.¹⁴³

Sobre as características da lei, em especial a generalidade e a exclusividade para inovação na ordem jurídica, é indispensável citar as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello transcritas abaixo:

Um ato jurídico dirigido a vários indivíduos, mas a cada um de *per se*, não constitui lei; ao passo que um ato jurídico que abrange tão-somente um indivíduo, mas dispõe de modo normativo, indeterminadamente, a qualquer um que se ache ou venha a se achar em igual situação, é lei. Por conseguinte, uma ordem dirigida aos indivíduos reunidos em uma praça para se dispersarem não é lei, por lhe faltar qualidade de comando geral, abstrato e impessoal. Ao contrário, trata-se de ato específico, concreto e pessoal, embora

¹⁴¹ SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*, p. 45.

¹⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 345.

¹⁴³ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, p. 45.

dirigido a vários indivíduos. Corresponde a um feixe de atos individuais, que se pode denominar “ato jurídico individual geral”.

Os partidários da teoria da novidade criticam essa concepção, considerando que a proteção à liberdade do povo decorre de ser a lei emanada de vontade superior, e jamais da circunstância de se aplicar à generalidade dos indivíduos, de modo abstrato e impessoal, isto é, indeterminadamente. Deflui, destarte, da circunstância de existirem órgãos distintos: o que faz a lei e a executa, e aquele ter caráter colegial e sujeitar a lei a um processo de elaboração em que há completa discussão do seu alcance e ampla publicidade dos seus propósitos, a lhe negar caráter de deliberação de improviso.¹⁴⁴

Após discorrer sobre as teorias desenvolvidas para o estudo das características da lei, conclui mais adiante o autor que o ideal é que as teorias sejam conjugadas: “Por conseguinte, a ‘novidade’ é uma propriedade da lei. Mas não é a única. Além, dela e antes dela, está a ‘generalidade’”.¹⁴⁵

Adota-se a concepção do princípio da legalidade em sentido amplo e reconhece-se a força normativa aos princípios, em especial, aqueles previstos de forma expressa ou implícita na Constituição Federal. Assim, é possível que a Administração atue com fundamento direto na Constituição Federal, com fulcro unicamente em um princípio jurídico.

Nesse sentido, cite-se Ricardo Marcondes Martins: “A Administração pode, *em casos excepcionais*, editar atos administrativos não fundados numa lei, entenda-se, numa regra infraconstitucional, mas sim fundados diretamente na Constituição”.¹⁴⁶

Entende-se, contudo, que tal atuação seria possível apenas se a Constituição Federal não tivesse previsto a atuação estatal por intermédio de lei, o que não ocorre quando se trata do planejamento para execução da política urbana, já que o art. 182 determinou que o Poder Público municipal deve obedecer às diretrizes fixadas em lei.

Ademais, Diogenes Gasparini sustenta que é tradição do Direito brasileiro a exigência da lei como veículo a viabilizar o plano diretor:

Com efeito, a legislação infraconstitucional, notadamente as Leis Orgânicas Municipais, exige lei para a instituição do Plano Diretor. É o que estabelecem, a exemplo de outras, as Leis Orgânicas Municipais de Porto Alegre (art. 56, II), de Belo Horizonte (art. 83, I),

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 258.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 262.

¹⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. Poder de polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (coords.). *Intervenções do Estado*, p. 94.

de Cuiabá (art. 17, XI), de Curitiba (art. 19, II), de Fortaleza (art. 27, XII) e de São Paulo (art. 13, XIV).¹⁴⁷

Sobre a importância da viabilização do plano de urbanização por intermédio de lei, merece destaque o pensamento de Antonio Carceller Fernández:

As conseqüências do reconhecimento do caráter normativo dos planos são muito importantes: os planos regulam as faculdades do direito de propriedade segundo a classificação e qualificação dos terrenos nele contidos; têm vigência indefinida, mas podem ser revisados e modificados; sua eficácia é *erga omnes*, ainda que reduzida a um determinado território; vinculam os particulares do mesmo modo que a Administração, e não podem conter reservas de dispensa.¹⁴⁸

A Constituição Federal estabelece que o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, § 1º). O Estatuto da Cidade, ao tratar da obrigatoriedade (art. 41), repete o dispositivo constitucional em seu inciso I e vai além ao prevê-la para as seguintes cidades: integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (II); onde o Poder Público Municipal pretende utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da CF (III); integrantes de áreas de especial interesse turístico (IV); inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (V).¹⁴⁹ Deverá, ainda, englobar o território do município como um todo, ou seja, zona urbana e rural (art. 40, § 2º).

Quanto à fixação de um número mínimo de habitantes para a obrigatoriedade do plano diretor, Cristiana Fortini¹⁵⁰ entende que andou mal o

¹⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 1. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?id_Conteudo=49975>. Acesso em: 27 dez. 2009.

¹⁴⁸ No texto original: "*Las consecuencias del reconocimiento del carácter normativo de los planes son muy importantes: los planes regulan las facultades del derecho de propiedad según la clasificación y calificación de los terrenos en ellos contenidos; tienen vigencia indefinida, pero se pueden revisar y modificar; su eficacia es erga omnes, aunque reducida a un determinado territorio; vinculan a los particulares al igual que a la Administración, y no pueden contener reservas de dispensación*" (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 60).

¹⁴⁹ "Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle" (BRASIL, Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade. In: *Coletânea de legislação administrativa e Constituição Federal*).

¹⁵⁰ FORTINI, Cristiana. Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social

constituente e que, mesmo com a extensão promovida pelo Estatuto da Cidade, haverá um rol de Municípios que não se encaixam em nenhuma das hipóteses legais e que permanecerão desordenados.

Assim, seria possível, segundo a autora, que a legislação infraconstitucional ampliasse as hipóteses contidas no art. 182, § 1º, da Constituição Federal, e passasse a exigir a obrigatoriedade do plano diretor para cidades com menos de vinte mil habitantes. Isso ocorre na Constituição do Estado de São Paulo, que em seu art. 181, § 1º,¹⁵¹ determina a obrigatoriedade do plano diretor a todos os Municípios do Estado. Dessa forma, entendeu o constituinte paulista que todos os seus municípios devem promover a ordenação de seu território por intermédio da aprovação do plano diretor, de maneira que promova a ampliação justificável do texto constitucional federal de acordo com as realidades e as exigências do interesse público regional.

Victor Carvalho Pinto entende, de acordo com a Constituição paulista, que o plano diretor deve ser obrigatório a todos os Municípios:

O princípio da reserva de plano foi consagrado constitucionalmente, uma vez que o § 2º do art. 182 atribui exclusivamente ao plano diretor a concretização da propriedade urbana. Cumpre notar que esse parágrafo aplica-se a todas as cidades, e não apenas àquelas com mais de 20.000 habitantes.

O plano diretor não é apenas mais uma lei entre tantas outras, mas o único instrumento jurídico apto a dispor sobre as matérias caracterizadas como seu conteúdo obrigatório. Isto não impede que suas normas sejam posteriormente detalhadas por outros instrumentos, como os projetos de loteamento ou de obras públicas. Este detalhamento só poderá ocorrer, entretanto, após previsão no plano diretor e respeitadas suas disposições.¹⁵²

Em caso semelhante, contudo, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o art. 195 da Constituição do Estado do Amapá, nos autos da ADIn n. 826-9/AP,¹⁵³ que previa a edição de plano diretor para cidades com

da propriedade, p. 2. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=12114>>. Acesso em: 27 dez. 2009.

¹⁵¹ “Art. 181. Lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes.
§ 1º Os planos diretores, obrigatórios a todos os Municípios, deverão considerar a totalidade de seu território municipal.”

¹⁵² PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*, p. 220.

¹⁵³ “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIOS COM MAIS DE CINCO MIL HABITANTES: PLANO DIRETOR. ART. 195, *CAPUT*, DO ESTADO DO AMAPÁ. ARTIGOS 25, 29, 30, I E VIII, 182, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 11 DO ADCT. 1.

mais de cinco mil habitantes, por interpretar o art. 182 como norma restritiva à autonomia municipal, que não poderia ser ampliada. O órgão de controle de constitucionalidade não acatou as informações prestadas pela Assembléia Legislativa do Estado, que trazia dados acerca da realidade, já que no Amapá apenas três Municípios contavam com mais de vinte mil habitantes; restringir a obrigatoriedade do plano diretor somente a esses municípios representaria prejuízo ao desenvolvimento social da região. Tal decisão foi proferida antes da edição do Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001, o qual, conforme acima apontado, ampliou a hipótese de obrigatoriedade prevista na Constituição e, não mais poderá servir de parâmetro para uma leitura rasa do art. 182, § 1º, da Constituição Federal, sob pena do risco de se ver declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos do art. 41, II a V, o que representaria retrocesso ao desenvolvimento da política urbana do país.

Admite-se, portanto, que a legislação infraconstitucional possa ampliar a obrigatoriedade constitucional, desde que tenha como finalidade a ordenação do território do Município para o alcance das funções sociais da cidade. Se tal ampliação, contudo, não englobar todos os Municípios, como ocorre no Estado de São Paulo, segundo entendimento adotado por Victor Carvalho Pinto, haveria de se questionar como seria verificado o cumprimento da função social da propriedade em Municípios que não elaborarem o plano diretor, em razão de não contarem com vinte mil habitantes ou/e não estarem diante de nenhuma das outras hipóteses previstas no art. 41 do Estatuto da Cidade, para as quais não há obrigatoriedade.

De acordo com Celso Ribeiro Basto e Ives Gandra Martins, em comentário ao art. 182, § 2º, da Constituição Federal, a primeira consequência que se verifica é a impossibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 182, § 4º, da Constituição Federal.

O *caput* do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá estabelece que 'o plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os Municípios com mais de cinco mil habitantes'. 2. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º). 3. Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes, em face do que dispõem os artigos 25, 29, 30, I e VIII, da CF e 11 do ADCT. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, nos termos do voto do Relator. 5. Plenário: decisão unânime" (ADIn n. 826/AP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 17.09.1998, *DJ* 12.03.1999). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

Antes de terminar os comentários a este parágrafo, convém focalizar a seguinte questão: e os municípios que não tenham plano diretor? A nosso ver, a inexistência de plano diretor inabilita o Poder Público municipal a aplicar as sanções previstas no § 4º do artigo ora comentado. Nosso entendimento decorre da letra desse mesmo preceito que faz referência ao fato de que as exigências do Poder Público só podem estar voltadas para áreas incluídas no plano diretor. Assim sendo, do proprietário situado em município sem plano diretor, ou mesmo em área não incluída neste, só é possível fazerem-se exigências de cunho abstrato fundadas nos arts. 5º, XXIII, e 170, III.¹⁵⁴

Assim, ainda que o Município determine aos seus habitantes, por intermédio de outra lei, qual será a forma de aproveitamento do solo, ou seja, de que maneira será cumprida a função social da propriedade urbana, somente poderá aplicar as sanções previstas na Constituição se elaborar o plano diretor.

Pode-se afirmar, portanto, que ao tratar da função social da propriedade urbana, a Constituição da República foi minimalista ao dispor que ela será cumprida quando atendidas as exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º).

Para que se encontre o sentido e o alcance da expressão função social da propriedade, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma sistemática, a partir do art. 5º, XXIII, que a prevê como direito fundamental do cidadão. Assim, a função social da propriedade, seja urbana ou rural, deverá ser cumprida independentemente da existência de um plano diretor. O Município deverá zelar para que o princípio seja observado na elaboração de toda a sua legislação urbanística.¹⁵⁵

Como bem afirmado por Cristiana Fortini,¹⁵⁶ a Constituição Federal não eleva o plano diretor à condição de único instrumento de execução da política urbana, de modo que outros instrumentos, como aqueles previstos no Estatuto da Cidade, poderão trazer o conteúdo da função social da propriedade urbana.

Do mesmo modo, exige-se interpretação sistemática da Constituição para fixar o conteúdo mínimo do plano diretor, o qual, nos moldes em que foi

¹⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988, p. 216-7.

¹⁵⁵ SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*, p. 47.

¹⁵⁶ FORTINI, Cristiana. Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade, p. 4.

traçado pela Constituição Federal ao tratar de política urbana e especificado pelo Estatuto da Cidade, não deve esgotar a disciplina urbanística da propriedade. Desde que de acordo com os princípios constitucionais e com as orientações gerais fixadas no Estatuto da Cidade, pode o plano diretor tratar de tudo o que diga respeito à ordenação, uso e ocupação do solo para fins de se alcançar as funções sociais da cidade, sem, contudo, ressalte-se novamente, vincular a intervenção na propriedade à atividade econômica específica, de forma que não viole os princípios constitucionais da isonomia e da livre-iniciativa e invada competência constitucional destinada à União.

Retomando a análise das demais hipóteses previstas no Estatuto da Cidade como obrigatórias para a elaboração do plano diretor, prevê o art. 41, II, obrigatoriedade quando se tratar de Município inserido em região metropolitana ou aglomeração urbana. Em tais casos, não basta o plano regional ou da região metropolitana. É exigência do Estatuto da Cidade que o município que integrar esta região ou aglomeração urbana deverá elaborar seu próprio plano diretor, pois só assim obterá recursos ou poderá utilizar-se dos demais instrumentos jurídicos previstos no Estatuto para o pleno desenvolvimento da cidade e da região. Quanto ao regime jurídico a ser aplicado às regiões metropolitanas, cumpre destacar a observação de Caramuru Afonso Francisco:

Não poderá o plano diretor deixar de observar eventuais regras estaduais que sejam fixadas no planejamento de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, dentro da competência cometida aos Estados Federados pelo art. 25, § 3º, da Constituição da República.¹⁵⁷

O inciso III prevê a obrigatoriedade do plano diretor para o Município que pretender se valer das sanções previstas no art. 182, § 4º, da Constituição Federal aplicáveis ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que não promover o seu adequado aproveitamento. Ainda que a Constituição Federal mencione que se trata de uma faculdade do Município, a ser viabilizada por lei específica, também há menção de que a área deverá estar incluída no plano diretor. Assim, as sanções previstas na Constituição Federal, por serem matéria específica, não farão parte do conteúdo do plano diretor, porém, a área em face da qual se pretende exigir do proprietário o adequado aproveitamento deverá constar do plano diretor.

¹⁵⁷ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*, p. 248-9.

O inciso IV prevê a obrigatoriedade do plano diretor para os Municípios “integrantes de áreas de especial interesse turístico”. Uma área pode apresentar especial interesse turístico por diversos fatores, por exemplo, em razão de sua história (riquezas históricas e patrimoniais). Para que uma área seja considerada de especial interesse turístico, mister se faz que assim seja reconhecida em nível federal, por decreto do Presidente da República, mediante proposta do Conselho Nacional do Turismo – CNTur (art. 11 da Lei federal n. 6.513/77). A Lei federal n. 6.513/77, aliás, em seu art. 3º, define o que se deve entender por Áreas Especiais de Interesse Turístico: “são trechos contínuos do território nacional, inclusive suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico”.

Para Nelson Saule Júnior, as cidades integrantes de área de especial de interesse turístico somente terão obrigatoriedade de elaborar o plano diretor se contarem com mais de vinte mil habitantes ou forem integrantes de região metropolitana ou aglomerado urbano. Assim, o autor entende que para se reconhecer a obrigatoriedade em tais casos é necessária a interpretação conjunta dos incisos I ou II, com o IV do art. 41 do Estatuto da Cidade, de modo que se não estiverem presentes as condições do inciso I ou do II, os Municípios que contenham área especial de interesse turístico não precisarão elaborar plano diretor.¹⁵⁸

Uma das razões que pode ter conduzido o autor a tal entendimento é a análise do art. 50, que previu que as cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 41, I) e as integrantes de região metropolitana (art. 41, II), caso ainda não tivessem plano diretor no momento da edição do Estatuto da Cidade, deveriam aprová-lo num prazo de cinco anos a partir da entrada em vigor deste, o qual foi estendido até 30 de junho de 2008 por força da Lei n. 11.673/2008. Ademais, o art. 52, VII, previu a responsabilização do prefeito e dos demais envolvidos por improbidade administrativa, caso não houvesse a aprovação do plano diretor no período acima mencionado.

¹⁵⁸ SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSÓRIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*, p. 98.

Assim, extrai-se do raciocínio do autor que somente há obrigatoriedade de elaboração do plano diretor com relação às hipóteses dos incisos I e II do art. 41, pois somente para tais hipóteses é que o Estatuto previu sanção para o descumprimento da norma, a qual corresponde à aplicação da Lei n. 8.429/92.

Discorda-se, contudo, de tal entendimento. É fato que a lei apenas previu sanção para o descumprimento da norma quanto ao prazo para a elaboração do plano diretor com relação às duas primeiras hipóteses do art. 41. Todavia, não é por tal razão que somente haverá dever jurídico de elaboração do plano diretor em tais hipóteses, configurando-se, nos demais casos, faculdade a ser exercida pelo Executivo e Legislativo municipal. Entender que o plano diretor não é obrigatório nas hipóteses dos incisos III a V do art. 41 do Estatuto da Cidade, exceto quando também presentes as hipóteses dos incisos I e II, restringe a finalidade da lei, que identificou, nas situações ali indicadas, interesse público na elaboração do plano diretor. Ocorre que as sanções severas da Lei de Improbidade Administrativa, pelo menos a princípio, somente serão aplicadas aos casos dos incisos I e II do art. 41 do Estatuto da Cidade, por serem os únicos a que o art. 50 fez referência quanto ao prazo para a elaboração do plano diretor.

Nesse sentido é o pensamento de Jacintho Arruda Câmara:

Tendo em vista o exposto, há de se concluir que do rol de cidades obrigadas a editar o plano diretor (art. 41) – aquelas inseridas nos incisos I e II – recebeu o prazo de cinco anos para implantação. As demais (incisos III a V) devem editar o plano tão logo a condição prevista em lei se perfaça, isto é, quando houver a intenção de se utilizar dos instrumentos de implementação de políticas previstas na Constituição (inciso III), quando a cidade for inserida em área de especial interesse turístico (inciso IV) ou em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental (inciso V).¹⁵⁹

O inciso V, por fim, prevê a obrigatoriedade do plano diretor para os municípios inseridos na “área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional”. E, no § 1º do art. 41, dispõe que “no caso da realização de empreendimentos ou atividades enquadrados no inciso V do *caput*, os recursos técnicos e

¹⁵⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano Diretor. In DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 328.

financeiros para a elaboração do plano diretor estarão inseridos entre as medidas de compensação adotadas”.

Conforme observa Caramuru Afonso Francisco¹⁶⁰, esta medida é de grande importância e uma das mais promissoras do Estatuto da Cidade, pois adota uma postura de política preventiva, que objetiva minorar os efeitos negativos e otimizar os benefícios que a brutal modificação da realidade trará para o Município. O Estatuto da Cidade determina, também, que as despesas com a elaboração do plano diretor para os municípios influenciados pelo empreendimento sejam custeadas pelos empreendedores.

Relembre-se, ainda, o art. 42 do Estatuto da Cidade,¹⁶¹ que prevê o conteúdo mínimo que deverá conter o plano diretor. O inciso I é previsto como complemento ao disposto no art. 41, III, já comentado, pois determinada que o plano diretor deverá prever as áreas em que serão aplicadas as sanções previstas no art. 182, § 4º, da Constituição Federal.

Já o inciso II arrola uma série de artigos do Estatuto em que estão previstos instrumentos de política urbana, tais como direito de preempção (art. 25), outorga onerosa do direito de construir (art. 28), operações urbanas consorciadas (art. 32) e transferência do direito de construir (art. 35). Assim, se o Município entender ser aplicável ao seu território algum ou alguns desses instrumentos, deverá haver previsão no plano diretor, ainda que seja apenas para delimitar a área que será submetida à intervenção estatal, a qual será detalhada em legislação especial posterior. O inciso não mencionou, contudo, todos os instrumentos de política urbana como conteúdo mínimo do plano diretor; todavia, entende-se que por ser o plano diretor o instrumento que traça as diretrizes gerais do planejamento urbano de um Município, nele deverá estar previsto, ao menos de forma genérica, a possibilidade de aplicação de todos os instrumentos de execução de política urbana que se pretenda utilizar. Dessa forma, apesar do inciso não ter mencionado o art. 36 do Estatuto da Cidade,

¹⁶⁰ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*, p. 251.

¹⁶¹ “Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei;

II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;

III – sistema de acompanhamento e controle.

que trata do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), esse estudo deverá ter seu conteúdo mínimo fixado no plano diretor.

O art. 198 da Lei n. 13.430/2002, que instituiu o Plano Diretor Estratégico da cidade de São Paulo, arrolou os instrumentos de política urbana necessários à ordenação territorial do Município. Assim, caso o Município pretenda se utilizar de algum instrumento de política urbana, deverá se voltar, em primeiro lugar, ao que dispõe o seu plano diretor e, em seguida, estabelecer, por meio de legislação específica, o regime jurídico do instituto a ser aplicado. Dessa forma, é assegurado o respeito ao princípio da legalidade e cumprido o dever de planejar, pois as ações do Município estarão de acordo com o que dispuser o plano diretor, que reflete o conteúdo do planejamento urbanístico municipal.

Por fim, prevê o inciso III do art. 42 que o plano diretor deverá prever sistema de acompanhamento e controle. Entende-se que, além dos mecanismos de controle da Administração Pública, internos e externos, o plano diretor deverá trazer, em especial, um sistema de controle baseado na participação popular, para atender a diretriz geral prevista no art. 2º, II, do Estatuto da Cidade, a respeito da gestão democrática das cidades.

Ademais, nos termos do art. 40, § 2º, do Estatuto da Cidade, deverá o plano diretor englobar todo o território do Município, sobre o que Diogenes Gasparini observa que:

Embora sua precípua razão seja determinar a função social da propriedade urbana, deve o Plano Diretor englobar o território municipal por inteiro, abarcando tanto a zona urbana quanto a zona rural, conforme está determinado no § 2º do art. 40 do Estatuto da Cidade, ainda que em termos e condições diversas. Em São Paulo, igual determinação consta do § 1º do art. 181 da Constituição Estadual e do § 1º do art. 150 da Lei Orgânica paulistana.¹⁶²

Além da zona rural, extrai-se do artigo supracitado a preocupação do legislador com as zonas de expansão urbana:

Dessa forma, o legislador foi bastante explícito, ao se referir, no art. 40, § 2º, ao “município como um todo”. Não apenas o perímetro urbano, assim, exige planejamento, como também as áreas de expansão urbana e seus arredores, para que a cidade não seja mais

¹⁶² GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 1.

tarde prejudicada em seu desenvolvimento pelos futuros núcleos urbanos que tendem a se concentrar em sua periferia.¹⁶³

O Estatuto da Cidade determina, ainda, que os planos diretores prevejam instrumentos de gestão e participação democrática nas cidades e destaca a necessidade de previsão de audiência pública (arts. 2º, II, 40, § 4º, 43, 44 e 45).

Dessa forma, a obrigatoriedade sobre a elaboração e o conteúdo do plano diretor encontra-se delineada no ordenamento jurídico, ao qual o administrador vincula-se, sem possibilidade de exercício de competência discricionária, a qual poderá surgir, contudo, no momento da sua execução.

Além da Constituição Federal, em seu art. 182, e da Lei n. 10.257/2001, que cria o Estatuto da Cidade, o Conselho das Cidades, órgão pertencente ao Ministério das Cidades, editou as Resoluções ns. 25, de 18 de março de 2005, e 34, de 1º de julho de 2005, que também estabelecem diretrizes gerais sobre a obrigatoriedade e o conteúdo do plano diretor. Entende-se, contudo, que a resolução, como outrora afirmado, não é o instrumento hábil a estabelecer orientações gerais a serem observadas por todos os municípios na elaboração do plano diretor. Como já visto, as diretrizes gerais sobre direito urbanístico serão fixadas pela União, por intermédio de lei, que terá a natureza jurídica de norma geral (art. 24, § 1º, da Constituição Federal). A lei que possui a natureza jurídica de norma geral já foi editada pelo Congresso Nacional e consiste na Lei n. 10.257/2001, que criou o Estatuto da Cidade.

Assim, somente lei da União poderia estabelecer normas gerais a serem observadas por todos os municípios, que são entes autônomos segundo a Constituição Federal (art. 18) e, ainda, competentes para a execução de sua política urbana (art. 182). A resolução poderia tratar de assuntos internos do Ministério, porém jamais estabelecer o conteúdo de leis municipais.

Adilson Abreu Dallari sintetiza com propriedade o que há de mais importante a considerar sobre o regime jurídico do plano diretor, ressalva feita ao objeto do direito urbanístico por ele considerado, que é aqui ampliado para o

¹⁶³ TOBA, Marcos Maurício. Do plano diretor. In: MEDAUAR, Odete; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*, p. 244.

todo o território do município com vistas ao alcance das funções sociais da cidade:

O plano diretor, que deve ser aprovado por lei e tem força de lei, está centrado na organização conveniente dos espaços habitáveis, é o instrumento básico da política urbana municipal, deve ser elaborado de maneira participativa e deve servir como instrumento de realização da função social da propriedade. Ao organizar os espaços habitáveis, em toda a área do Município (urbana e rural), deve ter, sim, uma preocupação social, de justiça social, de realização do mandamento constitucional (art. 3º, III) no sentido da erradicação da pobreza e da marginalidade das desigualdades sociais e regionais.

Não é mais apenas um simples instrumento técnico de trabalho, mas sim, também, um instrumento jurídico de atuação do governo local. O plano diretor é o instrumento pelo qual a Administração Pública Municipal poderá determinar quando, como e onde edificar de maneira a melhor satisfazer o interesse público, por razões estéticas, funcionais, econômicas, sociais, ambientais, etc.¹⁶⁴

3.4 Planos de urbanização

Na esteira do pensamento de Hely Lopes Meirelles,¹⁶⁵ de que o direito urbanístico deve ser aplicado num sistema de cooperação, do qual as normas jurídicas são extraídas de forma decrescente com um plano nacional até se chegar ao plano local, é que esta seção é dedicada ao estudo dos planos de urbanização, que representam o último nível de execução do planejamento urbano.

O plano diretor também é plano de urbanização, mas aqui a denominação será restrita aos planos múltiplos ou setoriais (art. 4º, III, g, do Estatuto da Cidade), que dele decorrem. Estes últimos disciplinam o uso determinado do espaço.¹⁶⁶

Na doutrina italiana, tais planos são denominados planos pormenorizados e de loteamento convencional e recebem o seguinte tratamento:

Plano pormenorizado e de loteamento convencional são na verdade evidentes instrumentos de “segundo grau”, ou meramente executivos em consequência do fato de que a existência dos mesmos não pode prescindir da existência de instrumentos de planificação geral e ao fato de que não podem derogar estes últimos, mas por outro

¹⁶⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. Instrumentos da política urbana. In: _____; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 78.

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*, p. 114.

¹⁶⁶ CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, p. 187.

lado (à exemplo do plano de construções econômicas e populares) tais características perdem o significado, podendo colocar-se de forma diversa dos instrumentos maiores, ou ainda produzir efeitos que vinculam o plano pressuposto (como no caso do plano, por exemplo, predisposto na ausência de instrumento geral vigente e por isso é base de um programa de fabricação que vem sendo adotado *ad hoc* e resta por isso vinculado ao conteúdo do plano que permite a implementação). Ainda que a característica de especificação e maior detalhamento que se reconheça tenham perdido muito de tudo o que fora consolidado, o instrumento de planificação geral chega a detalhar as escolhas de planificação (colocando assim o problema da utilidade e necessidade dos instrumentos de detalhamento).¹⁶⁷

O autor italiano levanta a polêmica de que, em determinadas situações, como a da ausência de plano geral, o plano específico de urbanização esgota a matéria para cuidar de seus aspectos gerais e específicos. Por outro lado, também se admite que o plano geral possa estabelecer por completo o regime jurídico de determinado instituto de política urbana. Todavia, entende-se que ambas as hipóteses não são aplicáveis ao Direito brasileiro. O plano diretor foi eleito pela Constituição Federal como instrumento fornecedor das diretrizes gerais para a execução da política urbana. Seu conteúdo deverá abrigar os instrumentos a serem utilizados pelo município na ordenação do território para fins de alcance das funções sociais da cidade, sem, contudo esmiuçar o regime jurídico desses instrumentos, já que não é esta sua função.

Assim, se o plano diretor não previu a utilização de determinado instrumento para execução de sua política urbana, é porque o plano não reflete o interesse da comunidade local, e não será a lei específica apta a prevê-lo. A única ressalva que se faz é quanto à ausência de plano diretor, hipótese em que caberá à legislação específica tratar também da matéria geral até que

¹⁶⁷ No texto original: "*Piano particolareggiato e lottizzazione convenzionale sono infatti evidenti strumenti di 'secondo grado', o meramente esecutivo conseguente AL fatto che la stessa loro esistenza non può prescindere dalla esistenza di strumenti di pianificazione generale ed AL fatto che non possono derogare ad essi, ma per altri (ad esempio il piano per l'edilizia economica e popolare) tali caratteri perdono significato potendo essi porsi in variante agli strumenti maggiori, ovvero produrre effetti che vincolano il piano presuppuesto (come nel caso di piano p.e.e.p. predisposto in assenza di strumento generale vigente e perciò sulla base di un programma di fabbricazione che viene adottato ad hoc e resta perciò vincolato ai contenuti del piano attuativo). Anche il carattere di specificazione e maggior dettaglio che si riconnette solitamente ai piani che si stanno considerando há perduto molto del tutto consolidata, già lo strumento di pianificazione generale perviene a dettagliare le scelte di pianificazione (ponendo così il problema della stessa utilità e necessità degli strumenti di dettaglio).*" (CAMPAGNOLA, Antonio. La pianificazione attuativa e il piano particolareggiato. In: *Manuale di diritto urbanistico*, a cura di Nicola Assini, p. 315-6.)

sobrevenha a lei geral, para que os habitantes do Município não sejam prejudicados pela ausência de ordenação territorial.

Por ser geral, o plano diretor não é o instrumento apto para tratar de detalhes e peculiaridades relacionados à determinada região da cidade, razão pela qual os planos de urbanização são imprescindíveis para que as diretrizes gerais sejam concretizadas. Nesse sentido, encontra-se o entendimento de Tomás-Ramón Fernández:

Este bloco normativo, que segue sendo de aplicação geral (com as alterações que resultam das leis autonômicas, a cujas medidas particulares iremos fazendo referência em seu momento), opera em nível de abstração e generalidade que é próprio tradicionalmente das normas jurídicas, mas – e esta é a peculiaridade básica do ordenamento urbanístico – recebe a necessária concreção espacial através dos planos concretos de cada território (região, comarca, ilha, município, polígono, etc.), mediante os quais chega a se determinar com toda precisão o estatuto jurídico de cada parcela de terreno.¹⁶⁸

O mesmo ocorre no Direito brasileiro, pois plano diretor é responsável por fixar as diretrizes gerais a serem observadas na execução da política urbana, a qual é viabilizada por intermédio dos planos de urbanização. Por sua vez, esses planos visam, ao final, promover a melhoria da qualidade de vida urbana, por intermédio da execução de medidas interventivas na esfera privada dos cidadãos, em especial, na propriedade. Todavia, a simples existência de um plano de urbanização, ainda que seu objetivo final não seja alcançado, traz consigo, antes mesmo da sua execução final, que pode vir ou não a ocorrer, limitações à vida dos cidadãos. Dessa forma, as limitações administrativas são pressupostos para a aplicação do plano e funcionam como atos preparatórios para sua execução final.

Segundo Hely Lopes Meirelles, os planos de urbanização ou reurbanização são múltiplos ou setoriais, diferentemente do plano diretor, que é

¹⁶⁸ No texto original: “Este bloque normativo, que sigue siendo de aplicación general (com las alteraciones que resultan de las Leyes autonómicas, a cuyas medidas particulares iremos haciendo referencia en su momento), opera al nivel de abstracción y generalidad que es propio tradicionalmente de las normas jurídicas, pero – y ésta es la peculiaridad básica del ordenamiento urbanístico – recibe la necesaria concreción espacial a través de los planes concretos de cada territorio (región, comarca, isla, municipio, polígono, etc.) mediante los cuales llega a determinarse con toda precisión el estatuto jurídico de cada parcela de terreno” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*, p. 48). No mesmo sentido: “El Derecho urbanístico está integrado no solo por un bloque normativo primario, constituido por la legislación urbanística (leyes, estatal y autonómicas, y reglamentos), sino también por las normas urbanísticas y las ordenanzas de los planes concretos, que proporcionan operatividad al ordenamiento legislativo y tienen, asimismo, el carácter de normas jurídicas” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*, p. 48).

concebido de forma una e integrada. Apresentam tal natureza, pois se destinam a obras isoladas, como ampliação de bairros, formação de novos núcleos urbanos, reurbanização de áreas envelhecidas e desnaturadas de sua função e quaisquer outros empreendimentos setoriais que façam parte do planejamento geral.¹⁶⁹

Os planos múltiplos ou setoriais darão eficácia normativa ao plano diretor e servirão de fundamento para as intervenções administrativas, consubstanciadas em atos administrativos, que atingirão a propriedade ou até mesmo o direito de propriedade dos cidadãos, hipótese esta em que deverá o Poder Público pagar indenização pelo sacrifício do direito. Segundo Almiro do Couto e Silva, as leis que aprovam tais planos urbanísticos denominam-se leis-medida ou lei de efeitos concretos:

As leis que aprovam os planos urbanísticos talvez constituam os exemplos mais perfeitos das **leis-medidas** ou **leis de efeitos concretos**. Realmente, os planos municipais que disciplinam o uso do solo urbano e o desenvolvimento das cidades, ao estabelecerem regras sobre zoneamento, gabaritos, índices de ocupação, recuos etc., têm endereço preciso, incidindo com absoluta exatidão sobre o espaço geográfico e produzindo, desse modo, efeitos diretos sobre os proprietários dos imóveis a que se referem. Se a lei com essas características afeta gravemente a propriedade privada, esvaziando ou diminuindo substancialmente o próprio conteúdo do direito, entende-se que a medida tem caráter expropriatório, gerando para o Estado o dever de indenizar.¹⁷⁰

Há, portanto, imperiosa necessidade de imposição de planos de execução, como os planos de urbanização, que seguirão as diretrizes do plano diretor, pois aqui o interesse público é aquele qualificado pelo constituinte como a necessidade de ordenação do território do Município para o alcance das funções sociais da cidade.

Nesse sentido é o magistério de Caramuru Afonso Francisco:

À evidência que o Estatuto não está a proibir que existam planos setoriais, pois o próprio Estatuto está repleto de disposições em que se verifica a permissão para que se adotem normas diferentes e, de forma diferenciada, sejam utilizados os instrumentos da política urbana, mas todos esses planos setoriais devem estar previstos no próprio plano diretor, devem ali estar inseridos globalmente, ainda que o detalhamento venha em outros diplomas legais, como, aliás, às

¹⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Urbanismo e proteção ambiental, p. 51.

¹⁷⁰ SILVA, Almiro do Couto e. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento, p. 30-1.

vezes, necessariamente tem de ocorrer, como nos casos em que o Estatuto exige lei municipal específica.¹⁷¹

Trata-se, portanto, da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, de forma que a tão-só previsão de diretrizes gerais contidas no plano diretor seria inócua. O plano especial ou setorial, desse modo, deve ser regulamentado por lei específica, a ser cumprida pelo Estado, que atuará no exercício de sua supremacia, para constituir relações jurídicas com os cidadãos marcadas pela verticalidade.

Nesse sentido também é o pensamento de José Afonso da Silva:

É que, aqui, não se trata de intervenção no domínio econômico propriamente dito, mas no domínio mais restrito do direito de propriedade, a respeito do qual a ordem constitucional permite a interferência imperativa do Poder Público por meio da atuação da atividade urbanística.¹⁷²

A Lei n. 13.430/2002, que instituiu o Plano Diretor Estratégico da Cidade de São Paulo, estabeleceu a necessidade de criação de planos de urbanização para o atendimento de interesses específicos previstos no plano, como é o caso do plano de urbanização para as ZEIS – zonas especial de interesse social (arts. 175 e segs.) ou para circunscrever tratamento diferenciado para as diversas regiões da cidade como os planos regionais e planos locais de bairro (arts. 198, II e IV, e 273 a 278).

Além dos planos múltiplos ou setoriais, pode ser identificado como plano de urbanização o plano de transporte urbano integrado, para o qual há previsão expressa no art. 41, § 2º, do Estatuto da Cidade, para cidades com mais de quinhentos mil habitantes.¹⁷³ Não se pode olvidar que uma das funções sociais da cidade é a circulação, que somente será atingida se o Município elaborar um plano de transporte integrado compatível com as diretrizes do plano diretor.

¹⁷¹ FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*, p. 262.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 93.

¹⁷³ Art. 41, § 2º: “No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido”.

4 Planejamento urbano enquanto dever jurídico do Estado

4.1 Dever jurídico

Inicialmente cumpre esclarecer que o título deste capítulo, que corresponde ao da dissertação, ao fazer referência ao planejamento, engloba também o plano – seja o plano diretor, estabelecedor de comandos gerais, sejam os planos de urbanização, específicos para determinada região ou área – como decisão final do processo de planejamento. Por tal razão é que a temática recairá sobre três aspectos: o dever de elaboração do plano, o dever de execução do plano e o dever de revisão do plano, os quais terão como pano de fundo e pressuposto lógico o planejamento.

Feita a ressalva metodológica inicial, o estudo partirá da análise do conceito de dever jurídico tratado pela teoria geral do Direito e, em seguida, será dado especial destaque à apresentação do dever no âmbito das relações jurídico-administrativas. Para tanto, também será analisado o que se entende por relação jurídica, o que é fundamental para a compreensão dos conceitos de direito subjetivo e dever jurídico.

De acordo com Lourival Vilanova, a relação jurídica é um conceito fundamental e necessário à constituição e ao conhecimento do Direito.¹⁷⁴

As bases para o início do estudo foram extraídas das lições de Pontes de Miranda, autor voltado essencialmente ao direito privado, mas cujos ensinamentos extravasam o âmbito das relações particulares e se espraiam para todo o Direito, como noções de teoria geral.

O autor entende o direito subjetivo como aquele correspondente a uma pretensão ou uma ação de alguém a respeito de outrem que está em posição passiva, que há de ter certa conduta como a de fazer ou omitir.¹⁷⁵ A posição passiva citada pelo autor corresponde à daquele que titulariza um dever jurídico, a quem se imputa determinada conduta, como a de fazer, que aqui diz respeito ao dever de elaborar, executar e revisar o plano; ou de omitir, situação em que os deveres ativos mencionados, primariamente estabelecidos,

¹⁷⁴ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p.65.

¹⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, p. 3.

convertem-se em deveres de omissão relacionados ao plano em vigor, mas que fazem com que surja o dever de sua revisão.

Assim, ao direito subjetivo do cidadão de exigir uma ação planejada por parte do Estado, corresponde o dever deste de realizar o planejamento. O direito subjetivo corresponde à possibilidade que o Direito confere a alguém para exigir subordinação do interesse de outrem – aquele a quem se atribuiu o dever – ao seu. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o interesse juridicamente protegido constitui o direito subjetivo”, todavia, para o autor a expressão direito subjetivo não é pura e simplesmente o correlato de um dever, mas abarca um conjunto de modalidades relacionais. Para explicar sua posição, dá como exemplo o direito subjetivo de propriedade, que inclui as relações de faculdade, liberdade, imunidade, capacidade e competência.¹⁷⁶

Trata-se de uma visão que reconhece, a partir da existência de um direito, uma multiplicidade de relações passíveis de serem formadas, todavia, as múltiplas possibilidades que se verificam não servem para excluir a noção originária de relação jurídica, polarizada por sujeitos que ocupam as posições jurídicas de titulares de direito e dever.

Tanto o direito subjetivo como o dever são previstos pelo direito objetivo, o qual corresponde às normas jurídicas do ordenamento que prevêm condutas das pessoas em face de um interesse, bem como as conseqüências de eventual conflito de interesses.

Retomando o estudo do pensamento de Pontes de Miranda, prossegue o autor com o conceito de relação jurídica e estabelece, por primeiro, que se trata de uma relação travada, necessariamente, entre pessoas por incidência de uma regra jurídica.¹⁷⁷ A pretensão do autor com tal definição foi a de excluir a existência de relação jurídica entre pessoa e coisa, comumente utilizada por estudiosos do direito privado para explicar as situações intituladas como pertencentes ao ramo do direito civil que trata dos direitos reais.

Todavia, o conceito apresenta em seu conteúdo expressão verbal que contém o objeto que se pretende definir. Assim, é preciso, primeiramente, buscar o conceito de relação. No *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*,

¹⁷⁶FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, p.148 e 170.

¹⁷⁷PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, p. 4.

dentre os vários significados encontrados para a palavra “relação”, merece destaque o seguinte: “vinculação de alguma ordem entre pessoas, fatos ou coisas; ligação, conexão”.¹⁷⁸

Ademais, é interessante ampliar o conceito de Pontes de Miranda para incluir a incidência dos princípios jurídicos. Assim, é possível dizer que relação jurídica é o vínculo formado entre pessoas por incidência de normas jurídicas, que compreendem tanto regras como princípios jurídicos. O sistema jurídico prevê, por intermédio de suas normas, o regime a ser aplicado a tais relações ao se depararem com o suporte fático correspondente à previsão legal. A partir daí, as pessoas que formam a relação jurídica serão titulares de direitos ou sujeitos passivos de uma obrigação perante o titular do direito ou perante todos, em face do mesmo objeto. Assim, o autor conclui que os sistemas jurídicos não contêm normas que criam direitos e deveres, mas normas que estatuem a possibilidade das pessoas serem titulares de direitos ou sujeitos passivos deles.¹⁷⁹

Também é interessante destacar o que o autor entende por objeto de direito, elemento essencial para a compreensão da relação jurídica. Os sujeitos assumem determinada posição em uma relação jurídica em face do objeto qualificado pelo ordenamento jurídico, seja enquanto titulares de direito, seja enquanto obrigados perante os titulares de direito. Assim, para o autor “objeto de direito é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de uma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”.¹⁸⁰ E aponta, ainda, a relevância de se estabelecer a diferença entre objeto de direito e objeto dos atos jurídicos. Para exemplificar, cita que o objeto de um contrato de compra e venda não é a coisa, mas sim a prestação avençada. O direito subjetivo e o dever não têm por objeto a coisa, mas o cumprimento da promessa, o qual, por sua vez, tem por objeto a coisa. Assim, conclui que não se pode falar em objeto de direito sem haver direito. Dessa maneira, a partir do exemplo aventado pelo autor, é possível afirmar que a coisa somente será considerada objeto de direito em relação ao cumprimento

¹⁷⁸ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=rela%E7%E3o&stype=k&x=17&y=12>. Acesso em: 23 set. 2009.

¹⁷⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, p. 8.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 9.

da promessa e apenas será objeto de direito em relação à compra e venda de forma indireta.¹⁸¹

Mais adiante, afirma que objeto de direito, assim como o sujeito de direito, é o que pode ser atingido pela eficácia do fato jurídico e fornece exemplos do direito privado: nos direitos reais, o objeto é a coisa; e nos direitos de crédito, a promessa. Enfim, “objeto de direito é tudo que pode ser matéria de relação jurídica”¹⁸² e, por diversas vezes, serve para classificar os ramos do Direito.¹⁸³

Estabelecido, em linhas gerais, o conceito de relação jurídica, faz-se necessário, agora, diferenciar as relações jurídicas regidas por normas de direito privado das relações jurídicas regidas por normas de direito público. Tercio Sampaio Ferraz Junior, com base em Alf Ross, diferencia as normas jurídicas em de conduta e de competência. As primeiras são aquelas que estabelecem obrigações, proibições e faculdades e impõem sanções. Já as normas de competência configuram poderes, estabelecem limitações a eles e prevêm nulidades quando descumpridas. Com base em tal diferenciação, afirma o autor que as normas de conduta estabelecem relações de coordenação, marcadas pela igualdade entre os agentes; já as normas de competência proporcionam relação de subordinação, nas quais os agentes ocupam posições diferenciadas, pois um deles tem o poder de impor condutas em relação a outro, de modo que forme uma relação verticalizada.¹⁸⁴

Após a análise do dever jurídico no âmbito da teoria geral do Direito, faz-se necessário direcionar a abordagem para as relações decorrentes do direito administrativo, para tanto, invoca-se as lições de Rafael Bielsa, que traça um paralelo entre a atividade de administração privada e a de Administração Pública:

A atividade administrativa pública, tecnicamente, não se diferencia quase da atividade administrativa privada quando esta é realizada por um mandatário ou representante de uma pessoa jurídica, civil ou comercial; com efeito, em uma ou outra esfera o administrador deve subordinar-se à vontade do mandante, a seus mandados e ordens. Mas esta similitude (que tem no fundo algo de real) é mais de forma que de regime. O mandatário civil tem seu poder do mandante; o órgão administrativo o tem da lei, em princípio e é denominado

¹⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*, p. 9-10.

¹⁸² *Ibid.*, p. 16.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*, p. 168-70.

competência. Ainda que o superior hierárquico possa lhe dar ordens, o inferior também é mandatário, em sua esfera mais íntima.¹⁸⁵

A respeito das relações jurídico-administrativas, é indispensável destinar algumas linhas ao estudo do pensamento de Ruy Cirne Lima.

Segundo o autor, as relações de administração são relações jurídicas estruturadas sob o influxo de uma finalidade cogente. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes, e paralisam o direito subjetivo, afirmação que será melhor analisada adiante. Assim, os elementos estruturais da relação jurídica (pessoas, bens e atos) devem se conformar, primeiramente, ao regime que a relação de administração estabelece.¹⁸⁶

Isso não significa, contudo, que não há que se falar em relação de direito subjetivo no direito público. Para melhor explicar sua posição demonstrada anteriormente, o autor dedica um capítulo exclusivamente para tratar de tal relação. A relação de direito subjetivo público coexiste com a relação de administração, o que não quer dizer que o Direito Administrativo esteja fechado ao direito subjetivo privado, mas que a figura subjetiva presente no Direito Administrativo deve decorrer do direito subjetivo público. Afirma também que sem o Direito Público não é possível a existência do Direito Privado e que para o reconhecimento e proteção destes, é indispensável a existência de um Estado, organizado por um ordenamento jurídico.¹⁸⁷

Assim, ao dizer que o dever e a finalidade nas relações administrativas paralisam o direito subjetivo, o autor não nega, ou ainda, não afasta a existência de direitos subjetivos privados, mas afirma que a existência do Estado e do direito público fornece mecanismos para a proteção dos direitos privados. Tal observação, realizada há tantos anos pelo autor, revela-se atualizadíssima, e serve para demonstrar que a supremacia do interesse público sobre o privado não ignora ou, ainda, não se sobrepõe aos direitos

¹⁸⁵ No texto original: *“La actividad administrativa pública, técnicamente, no se diferencia casi de la actividad administrativa privada cuando esta la realiza un mandatario o representante de una persona jurídica, civil o comercial; en efecto, en una y otra esfera el administrador debe subordinarse a la voluntad del mandante, a sus mandatos u órdenes. Pero esta similitud (que tiene en fondo algo de real) lo es más de forma que de régimen. El mandatario civil tiene su poder del mandante; el órgano administrativo lo tiene de la ley en principio y se llama competencia. Y si bien el superior jerárquico puede darle ordenes, el inferior también es mandatario, en su esfera más pequeña”* (BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*, p. 55).

¹⁸⁶ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, p. 105-9.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 110-2.

subjetivos decorrentes do direito privado e resguardados, em especial, na Constituição Federal, como parte da doutrina mais recente prega, com o objetivo de retirar do princípio o conteúdo que o sistema jurídico lhe confere. Ao contrário, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é que garante e amplia a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Somente por intermédio de um Estado forte, cujo compromisso seja a realização do interesse público previsto no ordenamento jurídico, é que os direitos individuais alcançarão, na realidade, cada vez mais o conteúdo que lhes foi dado pela Constituição Federal.

Mais adiante, afirma que a nota característica do direito subjetivo público é a circunstância de criar obrigação jurídica em face de pessoas de direito público, a quem se reconhece, na maioria das vezes, o poder de obrigar juridicamente.¹⁸⁸

Dessa forma, o estudo do direito subjetivo público é indispensável à compreensão do dever do Estado. A possibilidade de um cidadão exigir determinado comportamento do Estado, com fundamento no ordenamento jurídico, dá origem ao dever deste de, ao atender à demanda do cidadão, cumprir o que está previsto no sistema jurídico.

Guido Falzone menciona Gasparri, que diferencia obrigação de Direito Privado de obrigação de Direito Público e que retoma, ao final, a idéia de Ruy Cirne Lima, ao conferir ao elemento teleológico o poder de caracterizar uma atividade como pública.

[...] uma obrigação é de direito privado ou se resolve em um dever referido a um sujeito de fazer algo em vantagem de um outro e a cargo de um seu ou de uns outros interesses privados; continuamente, uma obrigação será de direito público quando se sustenta em um dever referido a um sujeito de fazer alguma coisa em vantagem de um outro e a cargo de um seu ou de um outro interesse público. Como a natureza pública da obrigação determina a natureza pública do dever e depois a atividade que obriga o cumprimento, fora o relevante elemento da obrigatoriedade que constitui um efeito de caráter jurídico essencial da atividade administrativa, é sempre o elemento teleológico, que é o interesse que se pretende provar, que caracteriza, com sua natureza pública, a atividade própria do Estado e dos outros entes públicos, em conformidade com o que harmonicamente afirma a doutrina ao definir como atividade administrativa aquela que se volta à realização das necessidades públicas.¹⁸⁹

¹⁸⁸ CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, p. 118.

¹⁸⁹ No texto original: “[...] un obbligo è di diritto privato ove si risolve in un dovere riferito ad un soggetto di fare qualcosa a vantaggio di un altrui e a carico di un suo o di un altrui privato

Há casos em que o dever não aparece de forma explícita na norma jurídica, mas decorre da lógica do sistema. Tais casos são mais freqüentes quando se trata de dever a ser cumprido pelo Estado, pois os agentes que exercem atividade estatal atuam por intermédio de função administrativa, a qual nada mais é que o dever de cumprir o estabelecido em lei para o alcance do interesse público previsto no ordenamento jurídico.

Com isso, quer-se afirmar que, apesar de muitas vezes não conter a lei menção expressa de que ao Estado incumbe determinado dever jurídico, o dever decorre do exercício da função administrativa.

Como já afirmado, o conceito de função relaciona-se com o de dever, como o momento ativo deste, ao adimplemento e à atuação das competências que constituem elemento objetivo do dever em si, que tem no poder o instrumento de sua realização. Assim, a função pública deverá se voltar à custódia de interesses coletivos, que constituem o fim precípua da atividade jurídica do agente público, a serem realizados por este de forma direta e imediata, no cumprimento dos deveres jurídicos.

O dever jurídico relacionado ao planejamento é um dos deveres da boa administração, que deve ser levado à implementação pelo poder público com fundamento nos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, em especial, no princípio da eficiência. Ao Poder Legislativo também incumbe a realização de parte desse dever, ao exercer a função legislativa para aprovação ou não do plano como decisão final do processo de planejamento.

interesse; correlativamente, un obbligo sarà di diritto pubblico laddove si sostanzia in un dovere riferito ad un soggetto di fare qualcosa a vantaggio di un altrui e carico di un suo o di un altrui pubblico interesse. Poichè, secondo l'A, la natura pubblica dell'obbligo determina la natura pubblica dell'ufficio e quindi dell'attività che l'obbligo adempie, a parte il rivelato elemento dell'obbligatorietà che costituisce in effetti un carattere giuridico essenziale dell'attività amministrativa, è sempre l'elemento teleológico e cioè l'interesse cui si intende provvedere che caratterizza, con la sua natura pubblica, l'attività amministrativa propria dello Stato e degli altri enti pubblici, in conformità a quanto concordemente affermava la dottrina nel definire come attività amministrativa quella volta al soddisfacimento dei pubblici bisogni" (GASPARRI. Lezioni di diritto amministrativo, Milano, v. I, p. 37, 1948 apud FALZONE, Guido. Il dovere di buona amministrazione, p. 18).

4.2 As fases do planejamento urbano

Com base na análise do ordenamento jurídico brasileiro e das relações entre direito urbanístico e direito administrativo, pode-se afirmar que o planejamento identifica-se como atividade e também como função estatal, pois se realiza mediante o cumprimento de deveres previstos na Constituição e nas leis, por intermédio das funções política, legislativa e administrativa.

As fases pelas quais o planejamento urbano deve passar correspondem a atos de diversas naturezas jurídicas, que se dividem em: elaboração, execução e revisão do plano. Essas fases são materializadas da seguinte forma: atividade de planejar, função política, função legislativa e função administrativa. As três primeiras formas de materialização são decorrentes dos deveres de elaboração e revisão do plano, já a função administrativa decorre do dever de execução do plano. Em todas as fases, identifica-se o dever do Estado, que a cada momento é atribuído a determinado órgão ou agente e cujo descumprimento pode assumir conseqüências diversas. Destaca-se, em todas as fases do planejamento, a necessidade de participação popular, nos termos do art. 29, XII, da Constituição Federal.¹⁹⁰

A atividade de planejar consiste na elaboração de estudos, perícias e levantamentos técnicos multidisciplinares pela municipalidade para a concepção da proposta do plano, a ser encaminhada ao Poder Legislativo. Nesse primeiro momento, a ação de planejar, embora decorra do dever de elaboração do plano, não representa produção jurídica, apesar de ensejar efeitos jurídicos, já que a proposta poderá ou não vir a ser aprovada enquanto lei.

¹⁹⁰ O artigo prevê que associações representativas cooperem no planejamento municipal. Embora não haja referência expressa ao planejamento urbano, entende-se que este faz parte do planejamento municipal. Segundo José Afonso da Silva, o planejamento municipal engloba: a) plano de governo, por intermédio do qual o prefeito definirá quais são as prioridades e objetivos de seu governo em função da realidade local; b) planos regionais, que farão referência a determinados setores ou situações especiais do Município; c) plano diretor, como instrumento básico de execução da política urbana, e os demais planos urbanísticos exigidos pela realidade local; d) plano plurianual, que define, com base no plano de governo e no plano diretor, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Municipal; e) a lei de diretrizes orçamentárias, que inclui as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente e define, em termos financeiros, as metas e as prioridades do governo local; e f) orçamento anual (*Direito urbanístico brasileiro*, p. 136-7). Ademais, ainda que não existisse expressamente tal previsão, a participação popular seria obrigatória, em virtude do regime democrático que orienta o Estado brasileiro.

Concluída esta primeira etapa, o chefe do Poder Executivo deverá realizar uma avaliação política, considerando o momento histórico, os aspectos culturais, econômicos e financeiros, entre outros, para decidir se a proposta técnica obtida será encaminhada para votação do Poder Legislativo. O chefe do Poder Executivo, no exercício de sua função política, encaminhará, ou não, o projeto para votação dos parlamentares.

Segundo Roberto Dromi, a função política abriga atividades de subsistência e organização do Estado. É exercida no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, por intermédio de competência discricionária, o que a afasta do controle jurisdicional, além de ser indelegável. Por meio da função política, viabilizam-se as relações entre os Poderes e, portanto, não há incidência direta e imediata na esfera jurídica dos cidadãos. Cita como exemplo de função política o procedimento adotado para a formação e a sanção das leis, o qual não se submete ao controle do Poder Judiciário.¹⁹¹

O pensamento do autor argentino ilustra de maneira satisfatória o que se entende por função política, no entanto, merece uma ressalva no que se refere ao controle jurisdicional, que só será afastado se o exercício da função política não incidir direta e imediatamente na esfera jurídica dos cidadãos. Em um Estado de Direito como o brasileiro, que consagra a universalidade da jurisdição no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada do controle jurisdicional, seja ela oriunda de função política, legislativa, administrativa ou jurisdicional. Assim, por exemplo, se ao ensejo da formulação de um projeto de lei sobre o planejamento urbano, o Executivo não tiver oferecido possibilidade de participação popular por intermédio de audiências públicas, qualquer cidadão poderá requerer ao Poder Judiciário que o projeto seja suspenso até que sejam realizadas as audiências públicas devidas. Pode-se dizer que o controle jurisdicional, nesse caso, não atinge diretamente o conteúdo da deliberação política, mas sim seus aspectos formais.

Todavia, caso se verifique, desde logo, que o conteúdo do projeto, ainda em fase de elaboração, já apresenta vício de constitucionalidade, é possível o controle jurisdicional. Dessa forma, o fato de uma deliberação ter

¹⁹¹ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*, p. 117-8.

natureza política não afasta o controle de legalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário, em nome do princípio republicano que estrutura o Estado brasileiro. De acordo com Lúcia Valle Figueiredo, os atos políticos de planejamento deverão ser motivados para que seja possível o controle, o qual se admite em virtude da evolução do controle dos atos administrativos com parcela de discricionariedade.¹⁹²

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a função política não se assemelha a nenhuma outra função de Estado:

Inicialmente se disse que havia certos atos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado.

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos.

Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem de um ponto de vista formal.

Dela diferem sob o ponto de vista material, porque é fácil perceber-se que a função administrativa, ao contrário dos atos citados, volta-se, conforme a caracterização que lhe deram os autores adeptos deste critério, para gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal pré-existente. *In casu*, diversamente, estão em pauta atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente *políticas*. Diferem igualmente da função administrativa do ponto de vista formal, que é o que interessa, por não estarem em pauta comportamentos infralegais ou infraconstitucionais expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade.¹⁹³

Assim, em acatamento à posição do autor, entende-se que embora haja exemplos de função política no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, ela não se confunde quer com função legislativa quer com função administrativa, ainda que em ambas identifiquem-se deliberações políticas. Por tal razão, considerando-se em especial a função administrativa, é possível

¹⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento, p. 17-8.

¹⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 36.

afirmar que a função política não se submete às normas jurídicas oriundas do regime jurídico-administrativo, já que a competência para o exercício da função política encontra-se fixada diretamente na Constituição Federal.

Em sentido contrário, merece destaque o pensamento de Luis Manuel Fonseca Pires, para quem a função política é o gênero das funções públicas, que abriga as funções legislativa, executiva (administrativa) e jurisdicional. Assim, o autor considera o ato político o ato administrativo que é exercido mediante competência discricionária, com fundamento de validade extraído diretamente da Constituição Federal ou Estadual.¹⁹⁴

J. J. Gomes Canotilho entende que para tratar das normas de organização do Estado é necessário, em primeiro lugar, afinar determinados conceitos jurídico-constitucionais, tais como: poder, competência, função, tarefa, responsabilidade, procedimento e controle, dos quais, *a priori*, interessa a abordagem apenas dos três primeiros. Afirma o autor que a Constituição portuguesa de 1976 não utilizou a palavra “poderes” para se referir aos órgãos do Estado, mas sim valeu-se da expressão “órgãos de soberania”. Entende, assim, por poderes os “sistemas complexos de órgãos aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções”.¹⁹⁵

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, ao tratar da organização do Estado, utilizou a palavra “poderes” para se referir ao Legislativo, Executivo e Judiciário. Por tal razão é que a expressão é utilizada como referência ao órgão que exerce a função.

Já a competência, segundo o autor português, tem por conceito “o poder de acção e actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas que lhe são constitucional ou legalmente incumbidos”.¹⁹⁶

A “função”, por sua vez, é palavra polissêmica, ou seja, pode expressar vários conceitos. Para o direito público, os sentidos mais correntes são os de função como “atividade” e como “poder do Estado”, os quais são adotados pelo autor. Todavia, não descarta o conceito mais recente de função

¹⁹⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariiedade administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, p. 269-75.

¹⁹⁵ CANOTILLO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 542-3.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 543.

como relação referencial entre uma norma de competência e os fins desta mesma norma.¹⁹⁷

As expressões mencionadas podem ser usadas como sinônimas para designar as diferentes atividades que a Constituição Federal atribui ao Estado, todavia, entende-se que, por rigor terminológico, elas podem ser ordenadas da seguinte forma: Poder é o órgão do Estado ao qual a Constituição atribui competência para o exercício de determinada função.

Diante da organização em que se apresenta o Estado brasileiro, é possível introduzir o estudo da função legislativa, que pode ser conceituada da seguinte forma:

Insere-se a função legislativa no quadro da tripartição funcional do Poder do Estado, como aquela incumbida da produção das normas gerais e abstratas, que antecedem a criação de normas de execução de suas determinações com vistas ao atendimento dos interesses coletivos (função administrativa), bem como a expedição de normas concretas para solução definitiva de conflitos de interesse entre particulares e entre estes e o Estado (função jurisdicional).¹⁹⁸

O Poder Legislativo, por intermédio da função legislativa, deverá votar o projeto de elaboração do plano apresentado pelo Poder Executivo, o qual, se aprovado, deixará de ser proposta e passará a ter natureza jurídica de lei. O plano aprovado representa, portanto, produção jurídica e deve ser respeitado e materializado, uma vez que de suas disposições decorrem deveres jurídicos.

A materialização do dever jurídico do plano de urbanização, aprovado por lei, será realizada por intermédio da função administrativa, no contexto da gestão urbanística conforme já assinalado. Assim, os atos de execução do plano de urbanização representam expressão da função administrativa.

José Afonso da Silva aponta em sua obra sete princípios básicos do planejamento local, os quais devem informar todas as fases do planejamento. Assim, o autor considera princípios do planejamento local os seguintes: I) o processo de planejamento é mais importante que o plano; II) o processo de planejamento deve elaborar planos estritamente adequados à realidade do município; III) os planos devem ser exeqüíveis; IV) o nível de profundidade dos

¹⁹⁷ CANOTILLO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 544.

¹⁹⁸ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*, p. 10-1.

estudos deve ser apenas o necessário para orientar a ação da municipalidade; V) complementaridade e integração de políticas, planos e os programas setoriais; VI) respeito e adequação à realidade regional, além do local, e consonância com os planos e programas estaduais e federais existentes; VII) democracia e acesso às informações disponíveis.¹⁹⁹

4.3 O dever de elaboração do plano

O primeiro dever jurídico a ser analisado é o dever de elaboração do plano, que conjuga três espécies de atos estatais: a atividade de planejar, que não se identifica como função; a função política e a função legislativa. A função política, a ser exercida pelo chefe do Poder Executivo, consiste na iniciativa de lei de elaboração do plano diretor. A função legislativa, exercida pelo Poder Legislativo, corresponde à apreciação do conteúdo da proposta para aprová-la ou não como lei.

A elaboração do plano, a ser realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo, é dever que se extrai da leitura do art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade, que assim dispõe:

Art. 40. [...] § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários seguimentos da comunidade;

II – publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Da análise dos incisos do § 4º do art. 40, é possível identificar princípios constitucionais que terão aplicação específica quando da elaboração do plano diretor. Em primeiro lugar, e como exigência mais relevante, pois as prescrições dos demais incisos servem para garanti-la, está a necessidade de participação popular, como expressão do princípio democrático. Em seguida,

¹⁹⁹ *Direito urbanístico brasileiro*, p. 137-8.

surge como obrigatório o princípio da publicidade e por fim o acesso a documentos e informações produzidos.

A atividade de planejar corresponde à fase inicial do processo de planejamento, na qual serão realizados os estudos técnicos que fundamentarão a deliberação política sobre o teor do plano e serão eleitos os objetivos que se pretende alcançar com a futura edição do plano, conforme exigência que se extrai do art. 30, VIII, da Constituição Federal. Assim, os estudos preliminares apresentarão uma análise sumária da situação e os problemas de desenvolvimento do município e estabelecerão as características e o nível de profundidade dos estudos subseqüentes, que representarão um diagnóstico, oriundo de pesquisa e análise aprofundada dos problemas constatados num primeiro momento. Essa análise identificará as variáveis que devem ser consideradas para as soluções dos problemas, bem como a perspectiva de sua evolução.²⁰⁰ Os estudos técnicos revelam-se de extrema importância para a orientação de todo o planejamento urbano do município, de modo que sua ausência torna substrato material insuficiente eventual projeto de lei de plano de urbanização que sem eles tenha sido aprovado.

Aos documentos e às informações produzidos nessa fase será dado acesso àquele que tiver interesse, de maneira que garanta a participação popular, conforme previsto no art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade. Por se tratar de atividade complexa, para orientar a elaboração do plano diretor foi editada pela ABNT a NBR n. 12.267/92.²⁰¹

José Afonso da Silva, ao se referir ao plano diretor, entende que esse deve ser elaborado pelo Executivo municipal por intermédio dos órgãos de planejamento da prefeitura.²⁰² Como o autor menciona apenas a elaboração do plano pelo Poder Executivo municipal, entende-se que este Poder não admite a delegação da elaboração do plano, leia-se, da fase inicial correspondente à atividade de planejar, às entidades da administração indireta do Município ou às empresas privadas.

Já Hely Lopes Meirelles apresenta posição contrária:

A elaboração do plano diretor é tarefa de especialistas nos diversificados setores de sua abrangência, devendo por isso mesmo

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*, p. 144.

²⁰¹ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2.

²⁰² Op. cit., p. 143.

ser confiada a órgão técnico da Prefeitura ou contratada com profissionais de notória especialização na matéria, sempre sob a supervisão do prefeito, que transmitirá as aspirações dos munícipes quanto ao desenvolvimento do Município e indicará as prioridades das obras e serviços de maior urgência e utilidade para a população.²⁰³

No mesmo sentido é o pensamento de Diogenes Gasparini:

A competência para elaborar o Plano Diretor é do Município, pois lhe cabe executar a *política urbana*, cujo principal instrumento para efetivá-la é o Plano Diretor, consoante rezam o art. 182 e seu § 1º da Constituição Federal. Dentro do Município, a responsabilidade pela elaboração do Plano Diretor cabe ao Executivo em razão da competência administrativa que lhe é constitucionalmente assegurada. Nem poderia ser diferente, pois, em princípio, está mais aparelhado tecnicamente, é melhor conhecedor da realidade local; está mais próximo dos desejos da comunidade e é dotado de servidores qualificados. Assim, sentindo-se apta a tal empreitada a Administração Pública Municipal a realizará com seus próprios recursos materiais e aproveitamento de seu pessoal. Diversamente, sua elaboração poderá ser contratada, mediante licitação, com terceiro, pessoa física ou jurídica. Nada impede, portanto, que o projeto de Plano Diretor possa, desse modo, ser elaborado por uma empresa privada cujos objetivos sejam o urbanismo e o planejamento urbano, ou por profissional experiente da área de engenharia. Em tais casos, a coordenação será sempre dos órgãos municipais afins, não se dispensando a promoção de audiências e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, como logo será visto. Alerte-se que a elaboração do projeto de lei de Plano Diretor cabe à Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos ou órgão equivalente, a elaboração desse plano, no que respeita aos aspectos técnicos, toca a profissional ou empresa da área de engenharia.²⁰⁴

Sobre a delegação dos estudos técnicos, que consistem no aspecto material, e não político da elaboração do plano, entende-se acertada a posição de Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparini, pois a contratação de particulares para a elaboração de estudos não implica delegação de função típica de Estado. Ademais, se o estudo contar com a avaliação de profissionais técnicos de notória especialização que, na grande maioria dos casos, não se encontra entre os agentes públicos do município, o princípio da eficiência será alcançado a contento, pois o diagnóstico será o mais próximo das necessidades locais. Ressalte-se apenas que se os estudos forem insatisfatórios, ou seja, se não servirem para retratar as reais necessidades do município, o particular contratado para a realização dos estudos, por agir em

²⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, p. 551.

²⁰⁴ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2.

nome do Estado, será alcançado pelas conseqüências decorrentes do descumprimento do dever jurídico.

Segundo Diogenes Gasparini, a iniciativa do projeto de lei do plano diretor, mesmo sem qualquer disposição expressa, é do prefeito, por força do conteúdo técnico de suas regras, dos múltiplos aspectos que enfoca e, sobretudo, pelo fato de disciplinar comportamento do Executivo municipal.²⁰⁵

O Estatuto da Cidade nada prevê de forma expressa quanto à iniciativa, todavia, o § 1º do art. 40 indica a competência do prefeito, uma vez que dispõe que o plano diretor faz parte do processo de planejamento municipal como um todo, cujas diretrizes devem ser consideradas para a elaboração do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento, que são diplomas legais de iniciativa do Poder Executivo (art. 165, I, II e III, da Constituição Federal).

Algumas leis orgânicas municipais, para evitar discussão acerca da titularidade dessa iniciativa, têm disciplinado tal competência, como é o caso da Lei Orgânica de Curitiba, cujo art. 53 atribuiu expressamente tal responsabilidade ao prefeito municipal.²⁰⁶

Encontra-se no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgados admitindo a competência exclusiva do chefe do Poder Executivo para a iniciativa de projetos de lei que tratem do uso e da ocupação do solo, tendo em vista justamente a necessidade de realização de estudos técnicos no âmbito desse Poder.²⁰⁷

²⁰⁵ Ibid., p. 3.

²⁰⁶ “Art. 53. São de iniciativa privativa do Executivo, entre outras previstas nesta Lei Orgânica, leis que disponham sobre:
[...]

IV – Plano Diretor de Desenvolvimento Integrado.”

²⁰⁷ “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal, de iniciativa de vereador e promulgada pelo Presidente da Câmara Municipal, que autoriza em caráter excepcional funcionamento de atividade em local que especifica. Uso e ocupação do solo. Competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Violação dos princípios da separação dos poderes e da impessoalidade. Transgressão dos artigos 5º; 47, incisos II e XIV; 111; 144; 180, inciso II; e, 181, da Constituição Bandeirante. Ação julgada procedente” (ADIn n. 128.440-0/1-00/Ribeirão Preto, rel. Des. José Cardinale, j. 27.09.2006).

“INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Municipal de iniciativa de Vereador que altera, sem planejamento prévio, as zonas de expansão urbana. Ação Direta julgada procedente. Em certos temas urbanísticos, exigentes de prévio planejamento, tendo em vista o adequado desenvolvimento das cidades, a iniciativa legislativa é exclusiva do Prefeito, sob cuja orientação e responsabilidade se preparam os diversos planos” (ADIn n. 66.667-0/6-00/Ribeirão Preto, rel. Des. Dante Busana, j. 23.10.2001).

Cumpra destacar, contudo, o posicionamento contrário de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, que aqui não se adota, para quem a iniciativa do projeto de lei do plano diretor não é privativa no prefeito:

É bom esclarecer que, diferentemente do previsto em relação aos planos orçamentários, o projeto de lei do plano diretor pode ser de iniciativa geral, isto é, não é de iniciativa privativa do Prefeito, podendo ser de autoria de qualquer membro ou comissão da Câmara, do Prefeito e até mesmo dos cidadãos, nos termos do inciso XII, do art. 29, da Constituição Federal. Porém, quando tratar de outras matérias além da de caráter meramente urbanístico, como, por exemplo, das relativas à remuneração e regime de servidores, matéria orçamentária, plano plurianual, orçamento anual, casos em que a iniciativa é privativa do Prefeito, então só ele é que poderá ter a titularidade.²⁰⁸

Em posição intermediária encontra-se o pensamento de Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, os quais admitem que a iniciativa de lei parta da Câmara Municipal, por não vislumbrarem nenhuma regra impeditiva. Porém, afirmam que em virtude da dificuldade técnica presente no âmbito do Poder Legislativo, é compreensível que a iniciativa caiba, preferencialmente, ao Poder Executivo.²⁰⁹

Outrossim, discute-se a possibilidade do projeto de lei do plano diretor ser apresentado pela própria Câmara dos Vereadores, quando ausente

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 35/10.10.2006 do Município de Lençóis Paulista, que dispõe sobre o “*Plano Diretor Participativo, as ações estratégicas, o sistema e o processo de planejamento e gestão do desenvolvimento urbano do município de Lençóis Paulista, e dá outras providências*” sustentada inconstitucionalidade de trecho do inciso II, do art. 17, e do inciso X, do art. 35, mantidos e promulgados pelo Presidente da Câmara Municipal após rejeição dos vetos apostos pelo alcaide às emendas legislativas ns. 5 e 10, que os acrescentava – depois de ouvir e debater com a população e com as associações representativas dos vários seguimentos da comunidade, quem elabora o Plano Diretor e detém iniciativa de em lei transformá-lo, como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, é o Chefe do Poder Executivo Municipal, pois dito plano, nos expressos termos do § 1º do art. 40 da Lei n. 10.257/10.07.2001 (Estatuto da Cidade) é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. À Câmara Municipal, por conseguinte, cabe aprová-lo, como expressa literalmente o § 1º do art. 182 da Constituição Federal, sem poder via emendas modificá-lo, ainda mais se desse processo alijou o povo e o direito que este tem de influenciá-lo. Violação aos artigos 4º, 5º, 37, 47, II e XIV, 144, 180, *caput* e II, e 181 da Constituição Estadual. Ação procedente” (ADIn n. 142.426-0/Lençóis Paulista, rel. Des. Palma Bisson, j. 06.06.2007). Acórdãos disponíveis em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 21 fev. 2010.

²⁰⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*, p. 237-8.

²⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*, p. 211.

a proposta pelo Executivo. Para Cristiana Fortini²¹⁰ a solução é possível por vários argumentos, o primeiro deles, e mais relevante, é a indisponibilidade do interesse público. O plano diretor revela-se de tamanha importância para o Município e seus habitantes que o Estado não pode dispor da sua elaboração, ainda que o projeto não seja apresentado pelo Executivo, mas sim pelo Legislativo. O segundo argumento está no fato de que, se admite-se a contratação de terceiros para realização dos estudos técnicos, que serão o conteúdo da proposta, a mesma contratação poderá ser realizada pela Câmara dos Vereadores, sem prejuízo ao teor do projeto de lei. Nesse caso, ressalta a autora, o Poder Executivo não estaria afastado do processo legislativo de elaboração do plano diretor, pois após a apresentação do projeto de lei pela Câmara, o projeto poderia ser submetido ao Executivo, sem prejuízo da sanção e do veto, previstos ordinariamente do processo legislativo de elaboração das leis.

O dever que incumbe ao Poder Legislativo, é importante frisar, é o de realizar a votação sobre o projeto apresentado, e não o de aprovação do plano. Isso porque o exercício da função legislativa pode levar à aprovação ou à rejeição de um projeto encaminhado àquele Poder, conseqüências que, de igual modo, não significam que o dever deixou de ser realizado. O quórum para a aprovação da lei do plano diretor deverá ser fixado na lei orgânica de cada município.

A função legislativa demanda deliberação política dos parlamentares. Assim, desde que devidamente fundamentada na Constituição Federal, não será passível de controle jurisdicional. O dever jurídico do Poder Legislativo está na deliberação, sendo indiferente o seu resultado. Se o projeto de lei do plano não estiver de acordo com o interesse da comunidade na ordenação do território para fins de desenvolvimento das funções sociais da cidade, ou se não estiver de acordo com o sistema jurídico, em especial com a Constituição Federal, o Poder Legislativo terá por dever não aprová-lo. A rejeição ocorrerá mesmo que o Estatuto da Cidade disponha ser dever do município a elaboração do plano diretor, pois é certo que o município não

²¹⁰ FORTINI, Cristiana. Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade, p. 4.

pretende que o plano diretor, aprovado por lei, seja arcabouço de inconstitucionalidades e que eleja interesse contrário ao interesse público local. O projeto, em tal caso, será reformulado e novamente apresentado pelo Poder Executivo, pois o descumprimento do dever ocorreu no âmbito deste Poder, seja na fase de realização de estudos técnicos, seja na fase de deliberação política. O que não se admite, contudo, é a omissão do órgão legislativo na apreciação do projeto.

Para Diogenes Gasparini, a lei do plano diretor deve ser instituída com estrita observância do processo legislativo municipal, previsto na lei orgânica do município e no regimento interno da Câmara dos Vereadores, no que se refere à iniciativa, às emendas, ao número de deliberações, à rejeição e ao quórum de aprovação. Quanto às emendas, o autor destaca que só poderão ser de redação e de forma, pois qualquer proposta de modificação do conteúdo exige a realização de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários seguimentos da comunidade, em observância ao disposto no art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade. A mesma ressalva é feita com relação à rejeição, que sofrerá restrições, já que somente fortes razões de interesse da comunidade ou de ordem constitucional justificariam a medida.²¹¹

Ao contrário do pensamento do autor, entende-se que a Constituição Federal não impôs limites à função legislativa, que é realizada de forma plena. Assim, os vereadores apresentarão emendas e rejeição sempre que, à luz do ordenamento jurídico, avaliarem que o projeto de lei não deva ser aprovado na forma em que foi apresentado. No mesmo sentido posiciona-se Cristiana Fortini, que entende que os vereadores poderão promover as mudanças que entenderem necessárias ao projeto de lei apresentado pelo Executivo.²¹²

Sobre o processo legislativo para a aprovação do plano diretor pelo Poder Legislativo, que aqui é tomado como referência, José Afonso da Silva ensina que:

Apresentado o projeto à Câmara, com todos os documentos do plano, o Presidente desta o remeterá às comissões competentes, para estudo e parecer.

²¹¹ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 3.

²¹² FORTINI, Cristiana. Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade, p. 1.

Não há proibição de emendas. Claro também está que o projeto do plano diretor pode ser aprovado, com ou sem emendas, ou rejeitado. Não é, porém, de boa prática rejeitá-lo *in totum*, a não ser que os estudos técnicos revelem absoluta inaceitabilidade, sua inexequibilidade ou sua inviabilidade econômica, e não haja meio de aperfeiçoá-lo. Conforme já dissemos certa vez: “Se o plano deixar algo a desejar, importa aos Vereadores procurar seu aperfeiçoamento, antes de sacrificá-lo de vez. Aperfeiçoar os projetos é missão do legislador, mormente quando contém instrumento tão importante para o crescimento e desenvolvimento ordenado da comunidade. Rejeitá-los, pura e simplesmente, se é uma faculdade do Legislativo, nem sempre se revela uma medida satisfatória e conveniente”. Por outro lado, devem ser evitadas emendas que o desfigurem, lhe quebrem a coerência ou o tornem inexequível, ou de mera satisfação de interesse individual ou em detrimento do interesse público.²¹³

Diogenes Gasparini mostra como se sucede o processo legislativo após a aprovação pela Câmara dos Vereadores:

Uma vez aprovado pela Câmara de Vereadores, o respectivo autógrafo é remetido ao Prefeito Municipal para sanção ou veto. Sanção é a concordância do Executivo com o projeto de lei aprovado pela Edilidade, instituindo o Plano Diretor. Pode ser expressa ou tácita. Esta se dá quando aquela não for exercitada tempestivamente. Veto é a expressa oposição, parcial ou total, do Executivo ao projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo municipal. O veto, se aposto, dada a obrigatoriedade do Plano Diretor, há de ser muito bem fundamentado e constitucionais deverão ser suas razões, sob pena de se caracterizar óbice à execução de lei federal, conforme prevê o art. 1º, XIV, do Decreto-lei federal n. 201/67, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade de Prefeitos e Vereadores. Em algumas hipóteses, como é exemplo a retratada no art. 50 do *Estatuto da Cidade*, esse comportamento pode caracterizar improbidade administrativa.

Se sancionada, ainda que com vetos, a lei do Plano Diretor deve ser promulgada e publicada, entrando em vigor na data indicada, conforme determinado pelo art. 8º da Lei Complementar federal n. 95, de 26.02.98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, editada nos termos do parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal. A promulgação é a declaração do Executivo de que há direito novo a ser observado. Publicação é a medida que torna a lei oficialmente conhecida de todos. Quando vetado, parcial ou totalmente, o veto é comunicado, no prazo de 24 horas, à Câmara de Vereadores e as suas razões encaminhadas no prazo de 15 dias. Rejeitado o veto, será a propositura remetida ao Prefeito Municipal para promulgação e se este não a promulgar, a prática desse ato caberá ao Presidente da Câmara de Vereadores. A promulgação deverá, neste caso, ocorrer no prazo de 15 dias. Se assim não for, essa responsabilidade será do Vice-Presidente da Câmara de Vereadores. Acolhido o veto, a oposição do Executivo, no todo ou em parte, ao projeto aprovado pela Edilidade restará definitiva.

²¹³ *Direito urbanístico brasileiro*, p. 146-7.

Cumpra agora destacar os dispositivos em que se impõe ao Estado o dever de planejar, ainda que implicitamente, no que se refere à ordenação do território do município para o alcance das funções sociais da cidade, objeto das normas de direito urbanístico, ou seja, o dever de elaborar o planejamento urbano.

Art. 21. Compete à União:

[...]

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

[...]

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

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

[...]

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.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Considerando em especial o art. 182, § 1º, da Constituição Federal, pode-se afirmar que a elaboração do plano diretor é dever de natureza constitucional, a ser cumprido, de acordo com as hipóteses previstas em lei, ainda que a lei orgânica do município contenha vedação expressa à edição do plano.²¹⁴

²¹⁴ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2.

José Cretella Junior, ao tratar do plano diretor, resgata as idéias anteriormente lançadas e também discorre sobre sua elaboração de maneira que exponha suas linhas gerais, as quais aqui servirão como síntese.

O *plano diretor*, instrumento dinâmico e eficiente das atividades públicas locais, deve ser único, funcional, abrangente, claro, lógico, coerente, preciso, ao mesmo tempo que flexível e adaptável a novas e imprevistas realidades. *Lex suprema communalis*, assinala de modo preciso as *metas prioritárias*, disciplinando cada atividade comunal, no sentido de apontá-la ao bem-estar de todos. Elaborado por técnicos, especialistas em cada setor, enfatizará os pontos básicos a serem atacados, as necessidades prioritárias, as obras, os trabalhos e os serviços, indispensáveis aos munícipes. Fazem-se estudos e levantamentos, fixam-se os objetivos principais e, logo depois, ausculta-se a realidade, conferindo-se os dados, analisados, em concreto, por profissionais de notória especialização, cada um em seu setor municipal. Redige-se o primeiro esboço, a minuta da futura lei, debatendo-se o texto ponto por ponto. Chega-se ao anteprojeto, ao projeto final corrigido e escoimado, diligencia-se a remessa à Câmara dos Vereadores, sujeito o texto a novos debates até que, sancionado, entra a lei no mundo jurídico, depois de publicada, passando a incidir sobre os munícipes e sobre a própria Administração (“suporta a lei que fizeste”), regendo ainda as atividades de órgãos e agentes públicos estaduais e federais, em serviço na área comunal.²¹⁵

4.4 O dever de execução do plano

A hipótese a ser tratada no presente tópico tem como pressuposto o fato de já existir um plano urbanístico elaborado, cuja execução, contudo, pende de realização. O dever de execução do plano, muito embora tenha previsão expressa em alguns dos dispositivos já citados, como ocorre no art. 21, IX, da Constituição Federal, que dispõe sobre elaboração e execução de planos nacionais e regionais pela União, é decorrência lógica do dever de elaboração do plano, pois não se aceita que o Estado elabore um plano de ordenação urbanística apenas para atender ao disposto no texto constitucional, sem que promova sua execução.

Assim, ainda que não haja previsão expressa no texto constitucional, o dever de execução do plano decorre do dever correspondente à sua elaboração, e, portanto, não há que se falar que o dever de execução somente existe e é exigível quando a Constituição Federal ou as leis expressamente o mencionarem.

²¹⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 4.166.

Nesse sentido é o entendimento de Antonio Carceller Fernández à luz do ordenamento jurídico espanhol, mas cujas conclusões aproveitam-se no Direito brasileiro:

Os instrumentos de planejamento serão *imediatamente executivos* uma vez publicada sua aprovação definitiva (art. 56), e os particulares, igualmente à Administração, ficam *obrigados ao cumprimento* das disposições sobre ordenação urbana contidas na legislação e planejamento urbanísticos (art. 57); serão nulas de pleno direito as *reservas de dispensa* contidas nos planos ou ordenações, assim como as que, com independência deles, forem concedidas (art. 57.3).²¹⁶

Ressalte-se apenas que enquanto o dever de elaboração do plano é direcionado aos Poderes Executivo – a quem incumbe o dever de apresentar o projeto de lei, contendo como proposta o plano – e Legislativo – que deverá realizar votação entre seus membros para a aprovação ou não do plano – o dever de execução do plano, por ser atividade infralegal, direciona-se exclusivamente ao Poder Executivo, que representa o Estado no exercício da função administrativa enquanto função típica deste Poder.

Ademais, considerando o regime jurídico-administrativo, a execução do plano é feita por intermédio de atos administrativos, que representam expressão da função administrativa. Assim, o dever de execução do plano nada mais é do que a etapa subsequente à sua elaboração a qual, por decorrer de lei, serve-lhe de fundamento. O que basta é a previsão a respeito da elaboração do plano, uma vez que a execução, por ser viabilizada por atos administrativos concatenados em um procedimento que concretiza um processo, ou seja, uma relação jurídica entre o Estado, o qual atua por seus agentes, e os cidadãos, destinatários das normas jurídicas que têm por conteúdo a ordenação do território de um município para o alcance das funções sociais da cidade, nada mais é que a aplicação da lei ao caso concreto, decorrência lógica do sistema jurídico. Sobre o tema, cabe citar Eros Roberto Grau:

²¹⁶ No texto original: “*Los instrumentos de planeamiento serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva (art. 56), y los particulares, al igual que la Administración, quedan obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la legislación y planeamiento urbanísticos (art. 57); serán nulas de pleno derecho las reservas de dispensación que se contuvieren en los planes u ordenanzas, así como las que, con independencia de ellos, se concedieren (art. 57.3)*” (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 76).

Relembre-se: os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios (Müller). Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo a sua aplicação a um caso, real ou fictício.²¹⁷

O Poder Executivo municipal cumprirá seu dever de execução do plano por intermédio de diversas atividades tais como: elaboração de regulamento para a fiel execução do plano, exercício da polícia administrativa para fiscalização dos particulares quanto à observância das diretrizes do plano na concessão de licenças para construção,²¹⁸ promoção de desapropriações a fim de executar as obras previstas no plano, prestação dos serviços públicos essenciais ao cumprimento das funções sociais da cidade, entre outras.

A execução do planejamento urbano, na visão de Tomás-Ramón Fernández, é concebida da seguinte forma:

Em um sentido amplo executar o Plano é realizar suas determinações, o que comporta uma pluralidade de ações de caráter muito distinto que vão desde a urbanização à edificação.

Esta última é basicamente uma atividade privada, que a Administração se limita a controlar. A primeira, por outro lado, que é aquela a que a legislação urbanística se refere especificamente quando trata da execução do planejamento, considera-se sempre uma função pública, uma responsabilidade da Administração, já que dela dependem a operatividade e eficácia das bases de todo o sistema.²¹⁹

²¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, p. 29.

²¹⁸ “Ação demolitória e de prestação de fato. Construções irregulares sem a observância da legislação municipal pertinente. Apelo improvido.” (TJSP, Ap. n. 112.312.5/4/Santos, rel. Des. Antônio Rulli, j. 21.08.2008). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

“APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA NA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. ATO VINCULADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS NA LEI, NÃO SENDO OBRIGATÓRIA A LIBERAÇÃO DO ALVARÁ, OBSERVADA A LEI MUNICIPAL 454/78 E LC 007/2004. A expedição de alvará de funcionamento de estabelecimento comercial é ato vinculado, cabendo à Administração o indeferimento do pedido quando não preenchidos todos os requisitos exigidos na lei para a concessão do alvará. Havendo comprovação de que a impetrante desempenha as atividades de boate, não permitida no local, observado o zoneamento estabelecido na LC 007/2004, bem como o disposto na Lei Municipal 454/78, Plano Diretor e Código de Postura do Município de Canela, correta a negativa da municipalidade de concessão de alvará de funcionamento. Precedentes do TJRS. Apelação desprovida. (TJRS, Ap. cível n. 70.022.077.549, 22ª Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 20.03.2008). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

²¹⁹ No texto original: “*En un sentido amplio ejecutar el Plan es poner por obra sus determinaciones, lo cual comporta una pluralidad de acciones de muy distinto carácter que van desde la urbanización a la edificación.*”

Resta saber agora em que medida os aspectos dos atos administrativos, que compõem o procedimento das diversas formas de aplicação do plano urbanístico, representam o exercício de competência vinculada ou discricionária do administrador. Para tanto, será necessário trazer à baila o que se entende por vinculação e discricionariedade.

A vinculação e a discricionariedade são temas fundamentais ao estudo dos atos administrativos os quais, repita-se, fazem parte de um procedimento que concretiza uma relação jurídico-administrativa, que pode vir a ensejar um processo administrativo, como ocorre com a execução do plano. Trata-se de uma dentre as várias classificações adotadas pela doutrina a respeito do ato administrativo que, nesse caso, divide-se em ato emitido no exercício de competência vinculada e ato emitido no exercício de competência discricionária.

No que se refere ao objeto do presente trabalho interessa analisar se o dever de execução do planejamento urbano, ou melhor, do plano de urbanização enquanto decisão final do processo de planejamento, exaure-se com a execução de todas as disposições contidas no plano, após a realização do processo interpretativo; ou se essas disposições, por serem em sua essência gerais e prospectivas, e, como conseqüência, incapazes de refletir com detalhes o interesse público a ser alcançado no caso concreto, deixam margem para que o administrador cumpra o dever jurídico utilizando-se de razões de conveniência e oportunidade.

Destaca-se, outrossim, a intensa dinamicidade a que se submete o interesse público de ordenação do território do município para fins de desenvolvimento das funções sociais da cidade, em constante mutação, o que, de certa forma, representa um conflito com a natureza prospectiva das disposições do plano. Assim, tem-se, por exemplo, que o plano diretor

*Esta última es básicamente una actividad privada, que la Administración se limita a controlar. La primera, en cambio, que es a la que la legislación urbanística se refiere específicamente cuando trata de la ejecución del planeamiento, se há considerado siempre una función pública, una responsabilidad de la Administración, ya que de ella dependen la operatividad y eficacia de las bases mismas del sistema entero” (FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*, p. 156).*

representa um prognóstico de como será a ordenação do território de um município com a utilização dos instrumentos nele previstos e estabelece diretrizes gerais a serem aplicadas à realidade de um município que sofre constante alteração, de maneira que, muitas vezes, não acompanhe o teor das disposições do plano.

Ressalte-se, novamente, a importância do estudo do regime jurídico-administrativo como base para a aplicação das normas de direito urbanístico e como fonte para a obtenção de soluções para problemas daí decorrentes.

Antes de adentrar ao tema proposto, é necessário fixar o que se entende por ato administrativo, já que é a aplicação deste ato que demandará o exercício de competência vinculada ou discricionária do administrador, nos termos da lei.

Sobre a relevância do estudo do ato administrativo, Juan Carlos Cassagne assevera que:

Levando em conta a complexa e dinâmica realidade sobre a qual se opera a atividade da Administração Pública pensamos que a teoria do ato administrativo reveste-se de uma particular significação, porquanto sua problemática está intimamente vinculada com o mecanismo de proteção dos direitos individuais e com a necessidade cada vez maior de que a atividade administrativa se desenvolva sem intermitências, dentro de regras jurídicas, em todas as situações em que ela seja requerida para atender à satisfação dos interesses públicos.²²⁰

Observa-se, no trecho transcrito, a imperiosa necessidade da Administração atuar a partir das normas jurídicas do sistema, ou seja, de forma vinculada, razão pela qual destaca-se, desde logo, que eventual atuação discricionária da Administração deve estar prevista em lei, de maneira que preserve o princípio da legalidade em sentido amplo e resguarde a coerência com todo o sistema jurídico.

Estabelecida a relevância do estudo da teoria do ato administrativo, resta verificar como a doutrina o conceitua. Oreste Ranelletti dá um conceito de ato administrativo sob dois aspectos, material e formal:

²²⁰ No texto original: "*Habida cuenta de la compleja y cambiante realidad sobre la que opera la actividad de la Administración Pública pensamos que la teoría del acto administrativo reviste una particular significación, por cuanto su problemática se halla íntimamente vinculada con el mecanismo de protección de los derechos individuales y la necesidad cada vez mayor de que la actividad administrativa se desarrolle sin intermitencias, dentro de reglas jurídicas, en todas las situaciones donde ella sea requerida para atender la satisfacción de los intereses públicos*" (CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*, p. 36).

No primeiro significado há referência ao conteúdo do ato, isto é, à função de quem é a atuação. Nesse sentido, é ato administrativo cada declaração de vontade, de juízo, de ciência, etc., de um órgão do Estado (legislativo, jurisdicional ou administrativo) que é desenvolvimento de função de administração, isto é, contém um ato de administração. E “administração” no sentido material (substancial, objetivo) é a atividade do Estado que tem por dever de satisfazer os interesses coletivos que são os fins do Estado, isto é, da atuação concreta de finalidade que o Estado assume.

No segundo significado (ato administrativo em sentido formal) há referência à figura jurídica do ato: é ato administrativo, nesse sentido, cada declaração de vontade, de juízo, de ciência, etc., de um órgão do Estado (legislativo, jurisdicional ou administrativo) diverso da lei em sentido formal e do ato de jurisdição.²²¹

A partir do conceito de ato administrativo em sentido formal, Celso Antônio Bandeira de Mello formula o seguinte conceito de ato administrativo:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.²²²

Também se encontra na obra do autor lições imprescindíveis ao estudo da vinculação e da discricionariedade, que aqui serão analisadas para o início da abordagem. Segundo o autor:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.²²³

²²¹ No texto original: “*Nel primo significato si há riguardo al contenuto dell’atto, cioè Allá funzione di cui è l’attuazione. E in questo senso è atto amministrativo ogni dichiarazione di volontà, di giudizio, di scienza, ecc., di um organo dello Stato (legislativo, giurisdizionale o amministrativo) che è esplicamento della funzione di amministrazione, cioè conntiene um atto di amministrazione. E ‘amministrazione’ nel senso materiale (sostanziale, oggettivo) è l’attività dello Stato che ha il compito di soddisfare i bisogni collettivi che sono nei fini dello Stato, cioè dell’attuazione concreta delle finalità che lo Stato assume.*”

Nel secondo significato (atto amministrativo in senso formale) si ha riguardo Allá figura giuridica dell’atto: ed è atto amministrativo in tale senso ogni dichiarazione di volontà, di giudizio, di scienza, ecc., di um organo dello Stato (legislativo, giurisdizionale, amministrativo) diverso dalla legge in senso formale e dall’atto di giurisdizione’ (RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, p. 1-2).

²²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 380.

²²³ *Ibid.*, p. 424.

O autor esclarece ainda que a expressão atos “discricionários” nada mais é do que uma forma elíptica de se referir aos atos emanados do exercício de competência discricionária, pois, em verdade, não existem atos propriamente discricionários, mas discricionariedade por ocasião da realização de certos atos.²²⁴

A maioria da doutrina entende que dificilmente será encontrado um ato administrativo exercido exclusivamente mediante competência vinculada, porque haverá aspectos sobre os quais a Administração sempre terá opções na sua realização. Todavia, sobre certos aspectos, como competência, finalidade e forma, haverá vinculação do administrador.²²⁵

Existem dois momentos em que se verifica a discricionariedade: ao exame da norma jurídica a ser aplicada, que culmina na obtenção de diversas soluções possíveis antes da análise do caso concreto; e ao exame das soluções indicadas pela norma à luz do caso concreto, hipótese em que tais soluções poderão permanecer como passíveis de aplicação ou apenas uma delas será passível de subsunção.²²⁶ Se após a análise da norma a ser aplicada, interpretada à luz de todo o ordenamento jurídico e da situação a ser regulada no caso concreto, ainda assim o administrador estiver diante de mais de uma situação que possa atender ao interesse público, indistintamente, deverá realizar um juízo de conveniência e oportunidade para a sua escolha final.

O último caso exemplifica o que se denomina discricionariedade propriamente dita, que não se extrai, portanto, de um exame *a priori* do ordenamento jurídico, em que não é dado ao administrador utilizar-se de qualquer subjetivismo, salvo aquele necessário à realização do processo interpretativo, ínsito ao pensamento jurídico, mas sim do resultado obtido após a subsunção do fato à norma jurídica, momento em que razões de conveniência e oportunidade, oriundas do juízo subjetivo do administrador, servirão de parâmetro para a decisão administrativa final.

Entende-se que o subjetivismo existente na discricionariedade encontra-se unicamente na escolha que o administrador será obrigado a

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 424.

²²⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 97.

²²⁶ *Ibid.*, p. 99.

realizar se, após a interpretação das normas jurídicas aplicáveis à espécie, obtiver duas ou mais soluções capazes de, igualmente, atingir o interesse público prestigiado na norma a ser aplicada e no caso concreto. A decisão administrativa, nessa hipótese, implicará exercício de competência discricionária.

Assim, tanto a vinculação como a discricionariedade que se observam inicialmente no exame de determinada norma jurídica poderão não mais subsistir diante da realidade que a esta norma será subsumida.²²⁷

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandes aludem expressamente à possibilidade de exercício de competência discricionária da Administração para a fixação do conteúdo concreto, dentro dos limites legais, de um plano urbanístico.²²⁸ Como no Direito brasileiro os planos são veiculados por intermédio de lei, entende-se a afirmação dos autores de forma que reconheça a discricionariedade na fixação das normas jurídicas infralegais de execução do plano, uma vez que a sua elaboração decorre de função política, na qual a discricionariedade não se apresenta, já que não se trata de função administrativa.

Nesse cenário, por conter o plano de diretrizes gerais a serem aplicadas para o futuro, e não mecanismos efetivos de gestão, amplia-se a possibilidade do exercício de competência discricionária pelo administrador na medida em que a realidade existente no momento de sua aplicação poderá ser outra que não aquela existente no momento de sua elaboração. Isso justificará, ao final do processo de interpretação das normas jurídicas, e à luz dos fatos, a existência de diversas opções a serem escolhidas pelo administrador que igualmente atenderão ao interesse público resultante da conjugação da finalidade prevista em lei às necessidades do caso concreto.

Sobre a relevância com que a realidade impõe-se na aplicação do Direito, vale citar o pensamento de Maria Garcia:

Quer isso dizer, conforme entendemos, que no planejamento para urbanização ou reurbanização deverão entrar, além dos puros elementos de precisão técnica, os questionamentos sobre problemas e as repercussões individuais e comunitárias que não sejam, tão-somente, os decantados “fins sociais” da propriedade e o “interesse

²²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 953.

²²⁸ *Curso de derecho administrativo*, p. 461.

público” por si só considerados, como um fim em si mesmos, dissociados da realidade sobre a qual serão aplicados, afinal.²²⁹

Para o direito urbanístico, a imperiosa necessidade de se considerar a realidade no momento da decisão administrativa de execução do plano traduz-se no princípio do poder normativo dos fatos, mencionado pela doutrina espanhola, que no Direito brasileiro deve ser adotado com cautela, por admitir a não-aplicação do plano:

Isto se verifica naqueles casos em que os Planos Gerais municipais teriam que sofrer revisão por determinação das normas da Lei do Solo, e não foi produzida tal revisão, ou também naqueles casos em que a não adaptação do plano às circunstâncias de fato determinou um desajuste entre a realidade e a norma incompatível. Nos casos em que o solo esteja dotado de todos os condicionamentos que a lei exige para ser qualificado como urbano, impedindo sua utilização urbanística, a jurisprudência veio a estabelecer que é necessário ater-se à realidade dos fatos e olvidar-se da aplicação do plano.²³⁰

Não se pretende afirmar que o administrador não mais deverá considerar as disposições do plano, o que implicaria atuação administrativa ao arrepio da lei, sem configurar verdadeiro exercício de função administrativa, mas sim que, tomando-as como ponto de partida, encontre como opção para sua decisão final diversas medidas passíveis de execução. Essas medidas não devem afrontar o ordenamento jurídico, em especial, as diretrizes lançadas na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, e devem atender ao interesse público que se extrai da realidade existente, responsável pela ampliação das hipóteses de atuação previstas inicialmente quando da elaboração do plano.

A discricionariedade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ao contrário do entendimento da maioria da doutrina, pode surgir ao exame da finalidade prevista em lei para a realização do ato. A finalidade será sempre e necessariamente a obtenção de um interesse público, cujo conteúdo, muitas vezes, dependerá de uma apreciação subjetiva do administrador. Assim,

²²⁹ GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades da Lei das Desapropriações. A questão da revenda*, p. 55.

²³⁰ No texto original: “*Ha hecho esteo en aquellos casos en que los Planes Generales municipales tendrían que haberse revisado por determinación de las normas de la Ley del Suelo, y no se ha producido tal revisión, o también en aquellos casos en que la inadaptação el plan a las circunstancias de hecho ha determinado un desajuste entre la realidad y la norma incompatible. En los casos en que el suelo esté dotado de todos los condicionamientos que la ley exige para ser calificado cómo urbano, impidiendo su utilización urbanística, la jurisprudencia ha venido a establecer que es necesario atenerse a la realidad de los hechos y olvidarse de la aplicación del plan*” (MUÑOZ MACHADO, Santiago; e BENÍTEZ LÓPEZ, Mariano. *El planeamiento urbanístico*, p. 92).

embora haja vinculação quanto à realização do interesse público, a qualificação de seu conteúdo comporta certa margem de discricionariedade.²³¹

Dessa forma, com base no pensamento do autor e com o conceito de interesse público adotado, pode-se afirmar que em virtude da dinamicidade com que o conteúdo desse conceito se altera, o que se intensifica quando se busca a ordenação do território para o alcance das funções sociais da cidade, é possível que o exame objetivo do ordenamento jurídico, por intermédio da interpretação jurídica, não seja suficiente para determiná-lo, hipótese em que a discricionariedade do administrador será o juízo necessário para que se complete o processo de aplicação da lei ao caso concreto. O conteúdo do interesse público, em tais casos, será fixado por interpretação jurídica e exercício de competência discricionária, única maneira pela qual será atribuído à norma jurídica o significado devido.

Tal raciocínio pode ser transportado para as normas jurídicas de direito urbanístico, que têm por finalidade a ordenação do território de um município com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Assim, a lei que aprova um plano de urbanização contém disposições as quais em última análise visam a ordenação do território para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade. Todavia, no momento de sua aplicação, e considerando ainda que tais disposições são fixadas para o futuro, pode ser que o exame do texto legal, com base em critérios objetivos, não seja suficiente para o alcance da finalidade última da lei. Passa-se então a exigir do administrador a eleição, dentre as medidas que igualmente atendam ao interesse público de ordenação do território para o alcance das funções sociais da cidade, aquela que o atenda de maneira ótima, com um juízo de conveniência e oportunidade.

Uma das formas de execução do planejamento decorre do exercício do poder de polícia administrativa. Assim, o administrador municipal, ao se deparar com um requerimento para a concessão de uma licença para construir, no exercício das atividades de política administrativa, deverá decidir pela concessão da licença se o requerente houver preenchido todos os requisitos legais, dentre os quais se encontram as disposições do plano urbanístico do

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 425.

município. Diz-se, portanto, que a licença é um ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada, pois não é dado ao administrador decidir por razões de conveniência e oportunidade, ou seja, quando presentes os requisitos legais deverá ser concedida a licença. Indaga-se, contudo, se a discricionariedade não estará presente no momento em que o administrador avaliar como serão cumpridos os requisitos legais, ou seja, ao buscar a finalidade da norma que se pretende ver aplicada no ato de concessão da licença.

Dessa forma, pode-se dizer que o ato final de concessão ou não de uma licença para construir é vinculado, todavia, à verificação de como serão cumpridos os requisitos legais e pode vir a reclamar o exercício de competência discricionária.

Para que o intérprete, ao aplicar o Direito, preencha o conteúdo jurídico do que entenderá como interesse público, para alcançar a finalidade da lei, o legislador vale-se de conceitos unissignificativos e plurissignificativos, aos quais assistiria a vinculação e a discricionariedade, respectivamente. Os conceitos unissignificativos são os conceitos teóricos, empíricos; já os plurissignificativos são os conceitos vagos, imprecisos ou indeterminados.²³²

Trata-se da posição de Afonso Rodrigues Queiró, que assim postula:

No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também o conteúdo do seu agir. A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível, e conceitos de significação exacta indeterminada. Estes últimos são mais correctamente designáveis por conceitos “plurissignificativos” – “*mehrdeutige*” –, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas.²³³

Segundo o autor os conceitos não teóricos são impassíveis de definição, por expressarem conceitos de valor. Porém, para o autor, que alterou o posicionamento antes defendido,²³⁴ a discricionariedade não se confunde com conceitos vagos ou indeterminados. Estes são o produto da

²³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 956.

²³³ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo, p. 106-7.

²³⁴ “A discricionariedade surge, assim, circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, aos conceitos práticos (não teóricos).” *Ibid.*, p. 112-13. Cumpre destacar que embora a publicação seja datada de 1989, o escrito do autor é de 1942.

impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica em que o legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com toda a nitidez, com todo o rigor, as circunstâncias ou os pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência. O poder discricionário, por sua vez, consiste numa outorga de liberdade que o legislador faz à Administração, numa intencional concessão de poder de escolha, dentro de uma série mais ou menos ampla de opções igualmente possíveis.²³⁵ Nesse sentido afirma o autor:

Se, quando interpreta *conceitos indeterminados*, o administrador procede como jurista, socorrendo-se dos ensinamentos da ciência do direito (direito administrativo), quando exerce um poder discricionário procede como um técnico, socorrendo-se dos ensinamentos da *ciência da administração* (ou das *ciências administrativas*, como outros preferem dizer).²³⁶

O posicionamento posterior de Afonso Rodrigues Queiró identifica-se com o pensamento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para os quais o âmbito de liberdade existente na discricionariedade não se confunde com a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Para os autores espanhóis, a lei não determina com exatidão os limites dos conceitos indeterminados, os quais por não admitirem uma quantificação ou determinação rigorosa, referem-se a algum dado da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, é passível de precisão no momento da aplicação da norma. Assim, a indeterminação do enunciado não se traduz em indeterminação da sua aplicação, que permite apenas uma solução justa em cada caso, alcançada mediante uma atividade de cognição objetiva, por intermédio de um processo de subsunção e não volitiva.²³⁷

Ainda segundo os autores, o conceito jurídico indeterminado permite uma única solução justa, por exemplo: ou haverá boa-fé, ou não; ou haverá preço justo, ou não. Já a competência discricionária permite uma pluralidade de soluções igualmente justas a partir da perspectiva do Direito, mas fundamentadas em critérios extrajurídicos.²³⁸

²³⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas, p. 2.

²³⁶ Ibid., p. 3.

²³⁷ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, p.465.

²³⁸ Ibid., p. 466-7.

No mesmo sentido é o pensamento de Luis Manuel Fonseca Pires, para quem o conceito jurídico indeterminado torna-se determinado para o caso concreto, o que se alcança por intermédio do processo interpretativo, e não pela discricionariedade administrativa.²³⁹ Todavia, o autor vai além em seu pensamento e inova a teoria dos autores espanhóis ao afirmar que:

A norma jurídica, enfim, é o produto da interpretação jurídica, o que significa dizer que a interpretação do direito abarca, além do *conhecimento*, também a *vontade* quanto à opção por certa solução, e este componente *psíquico* (a *vontade*, a *subjetividade*), não pode também ser denominado de “discricionariedade” (“discricionariedade judicial” etc.) sob pena de corromper a cientificidade e a compreensão da discricionariedade administrativa.

[...]

O fato de haver *diversidade* de intelecções – o que é próprio da *interpretação jurídica* – não se confunde com a *pluralidade* de decisões legítimas – que caracteriza a *discricionariedade administrativa*.²⁴⁰

Todavia, para Celso Antônio Bandeira de Mello, que acolhe o posicionamento anterior de Afonso Rodrigues Queiró, a existência de conceitos jurídicos indeterminados na lei é um dos fundamentos da discricionariedade:

Mesmo sem aprofundar argumentação sobre o assunto, registramos nosso entendimento de que o fundamento da discricionariedade (ou seja, a razão pela qual a lei a instituiu) reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência *prática* de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.²⁴¹

Dessa forma, caso o Poder Legislativo pudesse prever todas as hipóteses de aplicação da lei, haveria afronta à separação de funções estatais, prevista na Constituição Federal, pois a Administração seria mera executora material dos dispositivos legais, sem exercer qualquer função relevante ao Estado. Outrossim, por haver na norma, necessariamente, conceitos valorativos, que não podem ser reduzidos a uma verdade absoluta, é que surge a discricionariedade administrativa.

²³⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, p. 326-7.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 326-7.

²⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 957-8.

Assim, quando há discricionariedade está implícito que compete à Administração dar a melhor solução para o caso concreto. O legislador define o fim, porém a escolha para a sua aplicação pertence ao administrador.

Diante de todo o exposto, entende-se que os conceitos jurídicos indeterminados contidos no texto de uma norma jurídica podem vir a ensejar exercício de competência discricionária pelo administrador como também podem originar apenas uma solução que corresponda à aplicação da lei ao caso concreto.

A Lei n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, que instituiu o Plano Diretor Estratégico da Cidade de São Paulo, valeu-se de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados no texto de seus dispositivos, dentre os quais destacam-se, para fins de estudo, os seguintes: “justa distribuição”,²⁴² “sobrecarga”, “ociosidade”²⁴³ e “baixa renda”.²⁴⁴

²⁴² “Art. 8º São objetivos gerais decorrentes dos princípios elencados:

[...]

III – promover o desenvolvimento sustentável, a *justa distribuição* das riquezas e a equidade social no Município.” [grifo nosso]

²⁴³ “Art. 9º É objetivo da Política Urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da Cidade e o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado e diversificado de seu território, de forma a assegurar o bem-estar equânime de seus habitantes mediante:

[...]

II – a racionalização do uso da infra-estrutura instalada, inclusive sistema viário e transportes, evitando sua *sobrecarga* ou *ociosidade* e completando sua rede básica;”

“Art. 76. São objetivos da Política de Urbanização e Uso do Solo:

[...]

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 a sua *ociosidade* ou *sobrecarga* e otimizar os investimentos coletivos;” [grifo nosso]

²⁴⁴ “Art. 26. Os objetivos, as diretrizes e ações estratégicas previstos neste Plano estão voltados ao conjunto da população do Município, destacando-se a população de *baixa renda*, as crianças, os adolescentes, os jovens, os idosos, as mulheres, os negros e as pessoas portadoras de necessidades especiais.”

“Art. 35. São ações estratégicas no campo da Saúde:

[...]

XVIII – difundir para a população de forma geral, em especial para os de *baixa renda*, os princípios básicos de higiene, saúde e cidadania;”

“Art. 39. São objetivos no campo da Cultura:

I – contribuir para a construção da cidadania cultural no Município de São Paulo, o que significa:

a) Universalizar o acesso à produção e fruição de bens e atividades culturais, especialmente na perspectiva da inclusão cultural da população de *baixa renda*,”

“Art. 79. São objetivos da política de habitação do Município:

[...]

V – promover a melhoria das habitações existentes das famílias de *baixa renda* e viabilizar a produção de Habitação de Interesse Social – HIS, definida no inciso XIII do art. 146 desta Lei, de forma a reverter a atual tendência de periferização e ocupação dos espaços inadequados pela população de *baixa renda*;

[...]

XIV – garantir o acesso e a permanência das famílias de *baixa renda* às linhas de financiamento público de Habitação de Interesse Social.”

“Art. 80. São diretrizes da Política Habitacional:

[...]

V – a produção de unidades habitacionais para a população de *baixa renda*, com qualidade e conforto, assegurando níveis adequados de acessibilidade, de serviços de infra-estrutura básica, equipamentos sociais, de educação, saúde, cultura, assistência social, segurança, abastecimento e esportes, lazer e recreação;

VI – a produção, nas regiões centrais da Cidade dotadas de infra-estrutura, de unidades habitacionais em áreas vazias ou subutilizadas, e a recuperação de edifícios vazios ou subutilizados, para a população de *baixa* e *média renda*;

VII – a consolidação da moradia social nas áreas centrais, mediante ação conjunta da população e dos Poderes Públicos Estadual e Federal, contribuindo para os programas de reabilitação dessas áreas, compatibilizando-as com a inclusão social e urbana da população de *baixa renda* que habita a região ou nela trabalha, de modo a evitar sua expulsão;

[...]

IX – a promoção da regularização física e fundiária de assentamentos já consolidados e das unidades construídas, garantindo moradia digna às famílias de *baixa renda*;

[...]

XIII – a priorização, nos programas habitacionais coordenados ou financiados pelo Município, do atendimento à população de *baixa renda* residente em imóveis ou áreas insalubres e de risco;

[...]

XX – a facilitação do acesso da população de *baixa renda* à moradia, por meio de mecanismos de financiamento de longo prazo, investimento de recursos orçamentários a fundo perdido, permissão de uso e subsídio direto, pessoal, intransferível e temporário na aquisição ou locação social;

[...]

XXIII – o acesso e a manutenção das famílias de *baixa renda* nos programas de financiamentos públicos de habitação de interesse social;”

“Art. 81. São ações estratégicas da Política Habitacional:

[...]

XII – nas Operações Urbanas priorizar o atendimento habitacional às famílias de *baixa renda*, que venham a ser removidas em função das obras previstas no respectivo Programa de Intervenções, devendo preferencialmente, ser assentadas no perímetro dessas operações, nas proximidades ou, na impossibilidade destas opções, em outro local a ser estabelecido com a participação das famílias;”

“Art. 82. São objetivos da política de Circulação Viária e de Transportes:

[...]

IV – aumentar a acessibilidade e mobilidade da população de *baixa renda*;”

“Art. 86. São diretrizes para a política de Áreas Públicas:

V – a destinação prioritária dos bens públicos dominiais não utilizados para assentamento da população de *baixa renda* e para áreas verdes e instalação de equipamentos coletivos;”

“Art. 157. A Macroárea de Urbanização em Consolidação é uma área que já alcançou um grau básico de urbanização, requer qualificação urbanística, tem condições de atrair investimentos imobiliários e apresenta taxa de emprego, condições socioeconômicas intermediárias em relação à Macroárea de Urbanização Consolidada e à Macroárea de Urbanização e Qualificação.

[...]

§ 2º Na Macroárea de Urbanização em Consolidação objetiva-se estimular a ocupação integral do território, ampliando a urbanização existente e as oportunidades de emprego por meio de:

I – estímulo à promoção imobiliária para população de *baixa* e *média renda*;”

“Art. 158. A Macroárea de Urbanização e Qualificação, ocupada majoritariamente pela população de *baixa renda*, caracteriza-se por apresentar infra-estrutura básica incompleta, deficiência de equipamentos sociais e culturais, comércio e serviços, forte concentração de favelas e loteamentos irregulares, baixas taxas de emprego e uma reduzida oportunidade de desenvolvimento humano para os moradores.”

A “justa distribuição” é conceito jurídico indeterminado que conduz ao exercício da competência discricionária do administrador. Isto porque, dificilmente após o processo interpretativo, à luz do caso concreto, será encontrada apenas uma solução que corresponda à “justa distribuição de riquezas”, o que torna imprescindível o juízo de valor do administrador.

Já para a aplicação das normas que contêm os termos “sobrecarga” e “ociosidade”, igualmente conceitos indeterminados, o raciocínio anterior não se aplica e não haverá exercício de competência discricionária. Ao se observar a realidade existente na Cidade de São Paulo, pode-se afirmar, ainda que sem amparo técnico, que há sobrecarga do sistema viário e de transportes da cidade. Assim, a interpretação da norma jurídica a partir do caso concreto leva à única conclusão possível, ou seja, a de que há sobrecarga, havendo, inclusive, o descumprimento da norma do plano diretor.

Por fim, para o termo “baixa renda”, que aparece diversas vezes no texto da lei em questão e que também poderia levar à discricionariedade, há no art. 146 da lei,²⁴⁵ menção sobre o que seria Habitação de Interesse Social,

“Art. 181. Novos perímetros de ZEIS serão delimitados pelos Planos Regionais, de acordo com as necessidades definidas no Plano Municipal de Habitação e na Legislação de Uso e Ocupação Do Solo.

§ 1º A delimitação de novas ZEIS 1 deverá obedecer os seguintes critérios:

[...]

b) áreas usucapidas coletivamente e ocupadas por moradores de *baixa renda*;

c) loteamentos e parcelamentos irregulares e precários, ocupados por famílias de *baixa renda*.”

“Art. 193. Legislação ou normatização específica, a ser elaborada ou atualizada, definirá normas técnicas e procedimentos para regularizar as seguintes situações:

[...]

§ 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*.”

“Art. 196. É responsabilidade do Executivo urbanizar e promover a regularização fundiária das favelas, incorporando-as ao tecido urbano regular, garantindo aos seus moradores condições dignas de moradia, acesso aos serviços públicos essenciais e o direito ao uso do imóvel ocupado.

§ 1º O Executivo poderá encaminhar leis para desafetação das áreas públicas municipais, da classe de bens de uso comum do povo, ocupadas por habitações de população de *baixa renda*.”

“Art. 245. Cabe ao Executivo garantir assessoria técnica, urbanística, jurídica e social gratuita à população, indivíduos, entidades, grupos comunitários e movimentos na área de Habitação de Interesse Social, buscando promover a inclusão social, jurídica, ambiental e urbanística da população de *baixa renda* à Cidade, na garantia de moradia digna, particularmente nas ações visando à regularização fundiária e qualificação dos assentamentos existentes.” [grifo nosso]

²⁴⁵ “Art. 146. Para os efeitos desta Lei, as seguintes expressões ficam assim definidas:

[...]

XIII – Habitação de Interesse Social – HIS, é aquela que se destina a famílias com renda igual ou inferior a 6 (seis) salários mínimos, de promoção pública ou a ela vinculada, com

conceito relacionado ao termo baixa renda no art. 79, V e XIV. Assim entende-se que para o conceito vago “baixa renda” a própria lei forneceu elementos capazes de direcionar o administrador na identificação do conceito, de forma que o esgote ainda em nível de interpretação sem necessidade de utilização do juízo discricionário.

Dessa forma, os conceitos jurídicos indeterminados tanto podem levar a uma única solução como a mais de uma solução possível, a depender da realidade a ser subsumida à norma e, portanto, não servem como fundamento para identificar a discricionariedade.

Ressalte-se que ao se valer da discricionariedade, o administrador não se afasta do dever jurídico de execução do plano, ao contrário, pois para atingir a finalidade da lei a utilização do juízo discricionário impõe-se. Assim, agir segundo a convicção que se tem acerca da melhor forma de atingir o interesse público é cumprir um dever jurídico, o qual, se descumprido, representa violação do Direito.²⁴⁶ Nesse sentido, cite-se novamente Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.²⁴⁷

Acrescenta o autor que a lei pode deixar certa margem de liberdade para que o administrador pratique o ato quanto aos seguintes aspectos: momento, forma, motivo, finalidade e conteúdo.²⁴⁸

Ao que interessa ao presente estudo, é possível dizer que, pelo fato do plano ser elaborado com vistas à execução futura, o administrador poderá valer-se de seu juízo discricionário para decidir sobre o momento de sua execução, mas deverá considerar um período razoável entre a elaboração e a execução. Ressalte-se que não haverá discricionariedade a respeito da execução ou não do plano, mas sim a respeito das medidas necessárias a sua execução. O cerne do presente trabalho, lembre-se, é o dever jurídico

padrão de unidade habitacional com um sanitário, até uma vaga de garagem e área útil de no máximo 50 m² (cinquenta metros quadrados), com possibilidade de ampliação quando as famílias beneficiadas estiverem envolvidas diretamente na produção das moradias;”

²⁴⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O problema dos limites do poder discricionário, p. 142.

²⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 426.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 427.

decorrente do planejamento urbano e, assim, havendo um plano aprovado por lei, esse plano deverá ser executado pelo administrador.

O exercício da competência discricionária encontra suas amarras na lei, sob pena de atuação arbitrária por parte do administrador. Contudo, cumpre indagar se a lei que servirá de parâmetro para a atuação administrativa, ou seja, a norma jurídica que fornecerá os fundamentos para o exercício da função administrativa é aquela considerada em sentido estrito ou sentido amplo.

Adota-se no presente trabalho a concepção do princípio da legalidade em sentido amplo. A norma jurídica, à qual o administrador deverá se voltar para encontrar o fundamento para o seu agir, para identificar o interesse público a ser perseguido, será aquela resultante da interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico.

Deverá o administrador, portanto, verificar a finalidade da norma imediatamente superior ao ato que irá praticar, e que lhe confere competência para agir, em harmonia com todo o sistema jurídico e com o interesse público que orienta as demais normas jurídicas daquela mesma espécie. Nesse sentido, a norma que prevê o conteúdo do plano de urbanização deverá atender à ordenação dos espaços habitáveis, finalidade última das normas jurídicas de direito urbanístico. Assim, a execução do plano deverá refletir a melhor opção de ordenação do território de um município para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, extraído do sistema jurídico como um todo. O exercício da competência discricionária será a ferramenta do administrador para que o interesse público seja alcançado, de maneira que garanta a integração do sistema jurídico.

Por tal razão há autores que afirmam que o respeito ao princípio da legalidade implica a impossibilidade da Administração modificar o conteúdo previsto no ordenamento jurídico para a realização do interesse público, mesmo que, para concretizá-lo, seja possível a utilização de múltiplos meios também previstos no ordenamento, ou, ainda, a impossibilidade de deixar de persegui-lo.²⁴⁹ Não há validade na atuação administrativa que não tenda à

²⁴⁹ CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*, p. 66.

realização do interesse público, a qual, em última análise, está em desacordo com os comandos legais.

Não se quer dizer que a finalidade compreendida na lei em sentido estrito seja contrária a todo o ordenamento jurídico, pois diante de tal caso a referida norma, por estar em desacordo com todo o sistema jurídico, cuja análise parte sempre da Constituição Federal, seria inconstitucional. Assim, pode ser que a finalidade prevista na norma a ser aplicada, ao ser esta subsumida à situação verificada em concreto, não seja suficiente para preencher o conteúdo jurídico daquilo que todo o sistema prevê como solução ótima para o alcance do interesse público.

Também não se pretende afirmar que o administrador deva buscar a realização de outro interesse público diverso daquela previsto na norma a ser aplicada, hipótese que caracterizaria o desvio de poder, vedado pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que o administrador deverá interpretar a norma que lhe confere competência e dela extrair o conteúdo mínimo para a sua atuação, a ser complementado, necessariamente, pelo significado que contêm as demais normas as quais compõem todo o sistema, em especial, a Constituição Federal. Diante de tal exercício interpretativo, é provável que o administrador encontre mais soluções indistintamente cabíveis ao caso concreto do que se buscasse unicamente atingir a finalidade da norma que fundamenta o exercício de sua competência. O conteúdo material oferecido pelo sistema jurídico, a compor o interesse público no caso concreto, será maior do que aquele obtido pelo exame exclusivo da norma que atribui competência ao administrador.

Desse modo, ao interpretar e aplicar as normas do Plano Diretor Estratégico da Cidade de São Paulo, Lei n. 13.430/2002, em especial aquelas em que há menção expressa ao alcance do interesse público,²⁵⁰ deverá o

²⁵⁰ “Art. 8º São objetivos gerais decorrentes dos princípios elencados:

[...]

XIII – permitir a participação da iniciativa privada em ações relativas ao processo de urbanização, mediante o uso de instrumentos urbanísticos diversificados, quando for de *interesse público* e compatível com a observação das funções sociais da Cidade;

[...]

XV – implantar regulação urbanística baseada no *interesse público*.”

“Art. 9º É objetivo da Política Urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da Cidade e o uso socialmente justo e ecologicamente equilibrado e diversificado de seu território, de forma a assegurar o bem estar equânime de seus habitantes mediante:

administrador municipal observar toda a lei e todo o ordenamento jurídico para realizar uma interpretação sistemática do conteúdo jurídico do interesse público. A interpretação sistemática é essencial para que o administrador encontre os limites de sua atuação. Como se observa nas normas citadas, o interesse público a ser realizado deve estar aliado às funções sociais da cidade. Após a realização do exercício interpretativo, o administrador deverá valer-se de sua competência discricionária para encontrar, afinal, o conteúdo jurídico do interesse público a ser aplicado no caso concreto, já que, pelo fato do plano ser prospectivo, é possível que a realidade forneça ao aplicador outras soluções diferentes daquelas anteriormente previstas quando da edição da norma.

É constitucional, portanto, a escolha do administrador entre hipóteses extraídas de todo o sistema jurídico, as quais atinjam, igualmente, a ordenação do território do município para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, ainda que tais hipóteses contenham apenas como conteúdo mínimo a lei que outorga competência para a atuação administrativa. A ordenação do território para fins de desenvolvimento das funções sociais da cidade, interesse público a ser perseguido pelas normas jurídicas de direito urbanístico, não pode sucumbir ao conteúdo de lei que se revela incapaz, por si só, de atingi-lo a contento.

Sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández afirmam que os princípios gerais de direito são uma forma de controle da discricionariedade, o que significa que a decisão discricionária da Administração deverá, de certo modo, guardar certa objetividade, de acordo com esses princípios. Nesse sentido:

O controle da discricionariedade através dos princípios gerais não consiste, portanto, em que o juiz substitua o critério da Administração

[...]

V – a incorporação da iniciativa privada no financiamento dos custos de urbanização e da ampliação e transformação dos espaços públicos da Cidade, quando for de *interesse público* e subordinado às funções sociais da cidade.”

“Art. 76. São objetivos da Política de Urbanização e Uso do Solo:

[...]

XIII – coibir o surgimento de assentamentos irregulares, implantando sistema eficaz de fiscalização e definir as condições e parâmetros para regularizar os assentamentos consolidados, incorporando-os à estrutura urbana, respeitado o *interesse público* e o meio ambiente.” [grifo nosso]

por seu próprio e subjetivo critério. Se assim fosse, tudo se reduziria a substituir uma discricionariedade (a administrativa) por outra (a judicial) sem avançar somente um passo no problema. Do que se trata realmente é de penetrar na decisão ajuizada até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.²⁵¹

Antonio Carceller Fernández trata da utilização dos princípios gerais de direito como forma de limitar a discricionariedade decorrente do planejamento urbano:

A jurisprudência (STS de 21 de setembro de 1993) proclamou a profunda *discricionariedade* do planejamento, mas recordou que o controle jurisdicional da Administração se estende inclusive aos aspectos discricionários das potestades administrativas ao compreender, em primeiro lugar, o controle dos fatos determinantes que em sua existência e características escapam a toda discricionariedade, pelo que não é dado à Administração inventá-los ou desfigurá-los, ainda que tenha faculdades para sua valoração; em segundo lugar, a atuação da potestade de planejamento há de ajustar-se às exigências dos princípios gerais do Direito que informam todo o ordenamento jurídico.²⁵²

Assim, ao realizar a escolha sobre qual medida será aplicada para o alcance do interesse público, após encerrado todo o processo interpretativo, o administrador exercerá sua competência discricionária. Entende-se, contudo, que o administrador necessariamente deverá se socorrer de todo o sistema jurídico para complementar a legislação a ser aplicada. As opções encontradas deverão ser compartilhadas com a população, por intermédio de mecanismos de gestão de democrática das cidades como a consulta e, especialmente, a audiência pública.

A participação popular, ainda que a opinião dela decorrente não seja vinculante, é forma de legitimar a atuação administrativa e de impor limites ao

²⁵¹ No texto original: “*El control de la discrecionalidad a través de los principios generales no consiste, por tanto, en que el juez sustituya el criterio de la Administración por su propio y subjetivo criterio. Si así fuese, todo se reduciría a sustituir una discrecionalidad (la administrativa) por otra (la judicial) sin avanzar un solo paso en el problema. De lo que se trata realmente es de penetrar en la decisión enjuiciada hasta encontrar una explicación objetiva en que se exprese un principio general*”(GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, p. 483).

²⁵² No texto original: “*La jurisprudencia (STS de 21 de septiembre de 1993) ha proclamado la profunda discrecionalidad del planeamiento, pero ha recordado que el control jurisdicional de la Administración se extiende incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas al comprender, en primer lugar, el control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, por lo que no le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos, aunque tenga facultades para su valoración; en segundo lugar, la actuación de la potestad de planeamiento ha de ajustarse a las exigencias de los principios generales del Derecho que informan todo el ordenamiento jurídico*” (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*, p. 62).

juízo discricionário do administrador, pois o interesse da população local, que participou do processo de elaboração do plano, conforme exigência constitucional e legal (art. 2º, II, do Estatuto da Cidade), será refletido no plano a ser aprovado.

Embora a atuação discricionária represente o exercício da função administrativa diante de uma margem de liberdade conferida pela lei, o fato de haver limites a este exercício o torna sindicável. Assim, o fato de se identificar uma dada competência administrativa como discricionária não a afasta do controle jurisdicional. Todavia, segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, não poderá o magistrado fiscalizar o conteúdo da decisão discricionária se essa foi produzida dentro dos limites legais conferidos à atuação administrativa.²⁵³

Dessa forma, entende-se que o controle do exercício da competência discricionária não pode chegar ao ponto de negá-la.

Faz-se necessário também mencionar, no presente estudo, a denominada discricionariedade técnica, uma vez que estudos técnicos permeiam o processo de planejamento, desde a elaboração até a execução do plano.

Segundo a doutrina italiana, a discricionariedade técnica é uma discricionariedade imprópria e refere-se a decisões que, em virtude do alto grau de complexidade técnica, eram retiradas do controle jurisdicional. Assim, existem casos em que a apreciação do interesse público exige a utilização de critérios administrativos, hipótese em que se configura a discricionariedade administrativa, como a concessão ou não de uma licença para uso de armas. Em outros casos, a apreciação exige a utilização de critérios técnicos, por exemplo, ordenar a construção de uma ponte.²⁵⁴

Deve-se observar se os critérios técnicos estão relacionados a critérios administrativos, de forma que caracterize a discricionariedade, e se após a realização de estudos técnicos de engenharia, por exemplo, verifica-se viável a construção de uma ponte, ainda caberá à Administração, por razões de conveniência e oportunidade, decidir pela sua construção ou não. Por outro

²⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *Curso de derecho administrativo*, p. 467.

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 112-4.

lado, se estudos técnicos constatarem que determinada mercadoria está deteriorada, e há lei determinando a destruição em caso de deterioração, a decisão administrativa é vinculada aos termos da lei, e não há que se falar em discricionariedade administrativa.²⁵⁵

Desse modo, a discricionariedade técnica, muito invocada em direito urbanístico, em virtude da necessidade de realização de estudos técnicos multidisciplinares durante o planejamento urbano, desde a elaboração do plano até a sua execução, tanto poderá estar absorvida pela idéia de discricionariedade administrativa como pela idéia de vinculação.

4.5 O dever de revisão periódica do plano

Os planos urbanísticos não podem ser imutáveis, pois a dinamicidade das atividades urbanísticas exige que a ordenação do território acompanhe as necessidades da sociedade, razão pela qual a revisão periódica do plano também é dever jurídico decorrente do planejamento.

O dever de revisão do plano, contudo, configura-se de maneira diferente do dever de execução do plano e aproxima-se mais do dever de elaboração do plano, isso porque a revisão do plano nada mais é do que nova elaboração. Tal dever será direcionado, portanto, ao Poder Executivo, para que encaminhe o projeto de lei de revisão do plano, e ao Poder Legislativo, para que realize votação para aprovação ou não.

Como afirmado, o dever de revisão aproxima-se do dever de elaboração do plano, pois como ensina Diogenes Gasparini, por força do princípio do paralelismo das formas, a revisão há de ser promovida por lei, mesmo veículo condutor do plano no ordenamento jurídico, ainda que a modificação incida sobre plantas e tabelas, as quais também são consideradas normas jurídicas.²⁵⁶ Ademais, a revisão também deverá ser precedida de estudos técnicos e detalhados.

A partir do exposto na seção anterior, seria cabível indagar se o exercício de competência discricionária na execução do plano não supriria a

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p. 112-4.

²⁵⁶ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 1.

necessidade de sua revisão, uma vez que tal exercício tem por finalidade determinar aquilo que a norma jurídica não teve possibilidade de prever.

A discricionariedade, contudo, não é uma forma de colmatação de lacunas da lei, diante da ausência de norma jurídica legal, penas torna possível a aplicação do Direito legislação aos casos em que seria logicamente impossível ao legislador prever todos os aspectos para a subsunção da norma ao caso concreto, unicamente por intermédio da interpretação ou ainda quando, mesmo que haja possibilidade da previsão de todos os aspectos para a aplicação da lei ao caso concreto, o legislador deixar ao administrador certa margem de liberdade para que contribua subjetivamente para a aplicação da lei, por ser mais conveniente e oportuno.

O dever de revisão periódica do plano é, portanto, um dos limites ao exercício da competência discricionária, pois decorre da hipótese da impossibilidade de aplicação do plano de urbanização existente ao caso concreto, por seu teor não mais contemplar o interesse público de ordenação do território de um município para o alcance das funções sociais da cidade, de acordo com a realidade existente.

Em tal hipótese, o administrador não poderá utilizar-se de sua competência discricionária e elaborar novo plano por intermédio de atividade infralegal. Assim, o administrador, valendo-se da discricionariedade, não pode substituir o legislador e inovar na ordem jurídica.

A revisão periódica do plano far-se-á necessária na oportunidade em que as alterações do território para fins urbanísticos forem tão significativas que a execução do plano existente tornar-se-ia ineficaz. Em situação como esta, o dever jurídico do administrador passa a ser o de não-execução do plano, que se encontra totalmente desvinculado da realidade existente. Todavia, em virtude do princípio da legalidade, não lhe cabe a elaboração de novo plano sem que haja aprovação do Poder Legislativo nem atuar quando a norma que lhe outorga competência não possui conteúdo compatível com o objeto que irá regular: o território do município com vistas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Um exemplo da situação anteriormente relatada é o ocorrido no Município de São Luiz do Paraitinga, localizado na região do Vale do Paraíba

no Estado de São Paulo. Entre os dias 30 de dezembro de 2009 e 02 de janeiro de 2010 fortes chuvas devastaram a cidade, a qual é cortada pelo rio Paraitinga, que transbordou e deixou a cidade praticamente submersa. O Município de São Luiz do Paraitinga possui cerca de setenta casarões tombados pelo patrimônio histórico, os quais foram, em sua maioria, destruídos pela chuva. Diante deste triste cenário, faz-se necessária a revisão do plano diretor do município, a fim de reconstruir aquilo que foi perdido e, em especial, ordenar a cidade para que sejam aprofundadas as calhas do rio Paraitinga e sejam ampliadas as áreas verdes ao longo de suas margens, a fim de evitar futuros transbordamentos.

Assim, observa-se que o plano diretor existente no município não mais atende aos interesses locais de ordenação do território visando o desenvolvimento das funções sociais da cidade e, portanto, é dever do Estado, por intermédio dos Poderes Executivo e Legislativo, promover a sua revisão.

Outro exemplo que merece atenção, extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é o ocorrido no Município de Garibaldi. Por causa da existência de um parque temático de esqui na cidade desde 1970, essa área ocupada foi inserida no plano diretor da cidade (Lei n. 1.881, de 18 de novembro de 1987) como Zona Especial 2, destinada a equipamentos de lazer e recreação, hotéis e congêneres. Todavia, em 1997, as atividades turísticas do parque entraram em declínio e, assim, a realidade impunha que não mais permanecessem as restrições quanto ao uso impostas pela lei do plano diretor. Como o chefe do Executivo local, em razão de rixas pessoais com o proprietário do parque, deixou de apresentar o projeto de lei visando a reclassificação da área de maneira a promover, por consequência, a revisão pontual do plano diretor, o Tribunal de Justiça determinou que se procedesse à reclassificação, em virtude de não mais existir interesse da comunidade em fundamentar a restrição sofrida pelo proprietário.²⁵⁷

²⁵⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. MUNICÍPIO DE GARIBALDI. PLANO DIRETOR. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. ÁREA DESTINADA À EX-ESTAÇÃO DE ESQUI OU PARQUE TEMÁTICO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS QUANTO À UTILIZAÇÃO. PEDIDO DE RECLASSIFICAÇÃO PARA LIMITAÇÕES MAIS AMENAS, TENDO EM CONTA CESSADAS AS JUSTIFICATIVAS PARA AS MAIS SEVERAS. POSSIBILIDADE.

1. Plano Diretor. Lei de efeitos concretos.

A Lei Municipal que aprova o Plano Diretor, no que tange à classificação dos imóveis, é *lei de efeitos concretos*, quer dizer, produz efeitos por si só, independentemente de qualquer

Desse modo, a alteração da realidade de forma significativa deverá ser refletida no plano, por intermédio de sua revisão, ainda que seja necessária a intervenção do Poder Judiciário.

A revisão, portanto, terá lugar diante de alteração relevante no território do município ou ainda conforme a previsão legal do próprio plano em vigor, que fixa prazo para que ele seja revisto. Tal prazo, fixado pelo legislador, leva em conta um período em que as alterações ocorreriam normalmente.

No que tange ao plano diretor, a lei que o instituiu poderá ser alterada quando for necessário à satisfação do interesse público, mas deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos, nos termos do art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade.

Sobre a previsão de revisão do plano diretor do art. 40, § 3º, vale destacar o pensamento de Jacintho Arruda Câmara:

Mais do que uma contingência derivada da necessidade de adaptação de políticas públicas urbanas, após a edição do Estatuto da Cidade a alteração periódica do plano diretor passou a constituir um dever jurídico. Deveras, o art. 40, § 3º, determinou que “a lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos”. Esta regra é muito importante, na medida em que busca preservar a eficiência da planificação urbana, exigindo que sua

outro ato administrativo. Assim, quanto ao uso do solo urbano, nada obsta seja ajuizado pedido impugnando a classificação dada a determinado imóvel, tornando mais severas as limitações ou restrições. Ato administrativo impugnado, em tais circunstâncias, é a própria lei.

2. Limitações instituídas pelo Plano Diretor quanto ao uso do solo urbano.

2.1 – As limitações ou restrições ao uso do solo urbano instituídas pelo Plano Diretor, não traduzem ato administrativo desvinculado, mas vinculado. Elas não podem ser instituídas aleatoriamente, conforme o pleno juízo de conveniência e oportunidade do administrador, e sim devem, conforme estabelece o art. 182 da CF, ser jungidas ao desenvolvimento e expansão da cidade, garantindo sempre o bem-estar de seus habitantes. Assim é porque, no contraponto, há o direito à propriedade privada, também previsto na CF (art. 5º, XXIII), que, tanto pelo CC/1916 (art. 524) quanto pelo CC/2002 (art. 1.228), pressupõe *jus utendi, fruendi ac abutendi*. Portanto, as limitações administrativas devem ser justificáveis, na medida do necessário e mantida apenas enquanto necessárias, sob pena de abusividade, feridora do direito de propriedade privada.

2.2 – Uma vez cessadas as justificativas que mantinham determinada área urbana em determinada classificação, com limitações mais severas, sendo isso reconhecido pelo Executivo, a ponto de encaminhar projeto de lei à Câmara Municipal propondo reclassificação para limitações mais amenas, a manutenção da primeira caracteriza abuso ofensivo ao direito da propriedade privada. Ademais, a retirada do projeto de lei, não por juízo de revisão quanto ao seu mérito, e sim por zangas pessoais entre o Prefeito e o proprietário da gleba, não apaga a confissão do fato de não mais haver motivos à classificação rigorosa. Nada obsta ao Judiciário, relativamente ao ato administrativo vinculado, examinar a existência e/ou subsistência dos motivos que levou o administrador a praticá-lo.

2. [sic] Apelação provida em parte e recurso adesivo prejudicado. (TJRS, Ap. cível n. 70.010.323.640/Garibaldi, rel. Des. Irineu Mariani, j. 25.04.2007, DJ 17.05.2007). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

diretriz básica seja revista periodicamente. Essa importância foi ressaltada pelo sistema sancionatório previsto no próprio Estatuto da Cidade. Como foi visto, o descumprimento da referida norma sujeita o prefeito ao regime sancionador da Lei de Improbidade Administrativa (art. 52, VII do Estatuto).²⁵⁸

Diogenes Gasparini levanta uma hipótese em que a revisão do plano deverá ser realizada no período de cinco anos, ao invés de dez anos como prevê o art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade. Trata-se da hipótese em que determinado município já possua plano diretor antes do advento do Estatuto da Cidade, porém o plano não segue as diretrizes insculpidas no Estatuto.²⁵⁹ Dessa forma, o município deverá revisar o plano diretor que possui para adequá-lo às exigências de ordenação do solo urbano previstas no Estatuto da Cidade. Assim, como a hipótese é de um novo plano, com fundamento no Estatuto Cidade, o prazo para a sua revisão, em nome do princípio da isonomia, será de cinco anos a partir da entrada em vigor do Estatuto da Cidade, o qual é fixado para os municípios que não possuem plano diretor.

O Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, veiculado por intermédio da Lei Municipal n. 13.430, de 13 de setembro de 2002, considerou a realidade do município e estabeleceu prazos menores do que aqueles previstos no Estatuto da Cidade para a revisão do plano, além de delimitar o objeto de revisão em seus arts. 293 e 294, que assim rezam:

Art. 293. O Executivo deverá encaminhar à Câmara Municipal o projeto de revisão do Plano Diretor Estratégico em 2006, adequando as ações estratégicas nela previstas e acrescentando áreas passíveis de aplicação dos instrumentos previstos na Lei Federal n. 10.257/2001.

Parágrafo único. O Executivo coordenará e promoverá os estudos necessários para a revisão prevista no *caput* deste artigo.

Art. 294. O Plano Diretor Estratégico será revisto em 2003, exclusivamente, para incluir os Planos Regionais.

Encontra-se ainda a previsão do art. 193, § 1º, que apesar de não mencionar a revisão, cuida do prazo de validade para o plano até 2012. Dessa forma, além das revisões já mencionadas na lei, haverá nova revisão, de forma obrigatória em 2012.

Segundo a legislação paulistana, portanto, é dever do Poder Executivo o encaminhamento do projeto de revisão do plano diretor à Câmara,

²⁵⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor (arts. 39 a 42), p. 333.

²⁵⁹ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2.

que deverá aprová-lo ou não. A revisão, contudo, servirá apenas para dois propósitos: 1. adequar as ações estratégicas já previstas no plano e incluir áreas passíveis de aplicação dos instrumentos da Lei Federal n. 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, projeto este que deveria ter sido encaminhado pelo Executivo à Câmara em 2006; 2. incluir os planos regionais, o que deveria ter sido feito até 2003.

A revisão de que trata o art. 293, apresentada pelo Poder Executivo municipal em 2007 (PL n. 671/2007), ainda é alvo de inúmeras ações civis públicas propostas por instituições públicas como o Ministério Público e a Defensoria do Estado de São Paulo, além de diversas organizações da sociedade civil que apontam vícios de legalidade na revisão do plano, entre eles o fato de ter extrapolado os limites de revisão impostos pela lei e a ausência de participação popular adequada no processo de revisão do plano.

Já a revisão mencionada no art. 294, que pode ser considerada uma revisão parcial, foi apresentada e aprovada por intermédio da Lei n. 13.885, de 25 de agosto de 2004, Lei de Zoneamento do Município de São Paulo, que contém normas complementares ao Plano Diretor Estratégico, institui os Planos Regionais Estratégicos das Subprefeituras, dispõe sobre o parcelamento, disciplina e ordena o uso e ocupação do solo do Município de São Paulo.

A Lei n. 13.430/2002, que instituiu o plano diretor da Cidade de São Paulo, também previu expressamente a revisão do Plano Municipal de Turismo sem, contudo, fixar prazo para que a municipalidade a promovesse, o que, por si só, não afasta o dever jurídico.²⁶⁰

Em ambos os casos, ou seja, havendo ou não previsão expressa acerca da revisão do plano, diante de alterações contundentes na realidade, a revisão é um dever que se impõe ao Estado. Todavia, quando a legislação restringir qual será o objeto da alteração, como o fez o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo, não será permitido ao Executivo, ao apresentar o projeto de revisão, extrapolar o que ali fora fixado, a não ser que, conforme já afirmado, as alterações do território do município sejam tão

²⁶⁰ Art. 19. São ações estratégicas para o turismo:
[...]
XI – rever o Plano Municipal de Turismo.

relevantes que reclamem a elaboração de novo plano, situação em que as restrições legais não se impõem.

5 Conseqüências do descumprimento dos deveres jurídicos relacionados ao planejamento urbano

5.1 Considerações iniciais

Os deveres relacionados ao planejamento urbano não raras vezes são descumpridos pelo Estado, que deixa de realizar, ou realiza de maneira contrária aos preceitos jurídicos, os deveres de elaboração, revisão e execução do plano. Apenas a título ilustrativo, foi apresentado pelo Ministério das Cidades em março de 2007 o relatório a respeito do Convênio n. 2/2005, que promovia a campanha “Plano Diretor Participativo: Cidade de Todos”, cujo objetivo era desenvolver ações de capacitação e sensibilização de municípios de todos os estados da Federação para a elaboração do plano diretor participativo. O convênio direcionou suas atividades a 1.683 municípios atingidos pela determinação do Estatuto da Cidade de elaborarem seus planos diretores até outubro de 2006 (prazo previsto no art. 50 para elaboração de plano diretor antes da edição da Lei n. 11.673/2008, que o prorrogou até 30 de junho de 2008, com efeitos retroativos até 10 de outubro de 2006) e alcançou, ao final, 831 municípios.

Até junho de 2006, 1.244 municípios estavam com o plano diretor em fase de elaboração, 241 o tinham concluído e 198 não tinham plano.²⁶¹ Assim, verifica-se que cerca de 12% dos municípios que foram alvo da ação governamental descumpriam o dever de elaboração do plano, que representa o primeiro dever do Estado decorrente do planejamento urbano, enquanto cerca de 15% talvez não conseguissem promover a elaboração do plano a tempo.

O ordenamento jurídico prescreve conseqüências aos atos que afrontem as normas jurídicas que dele fazem parte, ou seja, que representem o descumprimento de um dever.

No que se refere ao planejamento urbano, as conseqüências serão diversas considerando as três fases do planejamento, que se dividem em elaboração, revisão e execução do plano.

²⁶¹ Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: 13 fev. 2010.

Todas as vezes que a ordem jurídica é violada, está-se diante de uma invalidade. Assim, o descumprimento de quaisquer dos deveres relacionados ao planejamento urbano representa uma invalidade, que pode apresentar diferentes conseqüências a depender do que está disposto no sistema jurídico, tais como a declaração de invalidação ou até mesmo a convalidação do ato inválido.

O ordenamento jurídico, contudo, a depender da gravidade da violação perpetrada, pode considerá-la infração e estabelecer conseqüências ao agente que a praticou, na forma de sanções civis, penais e administrativas ou, ainda, de natureza híbrida, que são as sanções previstas na Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa.

A Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) previu expressamente hipóteses em que o prefeito e demais agentes públicos incorrerão em improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429/92, dentre as quais interessam as seguintes, por estarem relacionadas ao planejamento:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, quando:

[...]

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei.

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

Como se observa, o Estatuto da Cidade previu como ato de improbidade, no inciso VI do art. 52, impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I (“promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários seguimentos da comunidade”), II (“publicidade quanto aos documentos e informações produzidos”) e III (“acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”) do § 4º do art. 40, que trata do processo de elaboração do plano diretor.

No tocante ao inciso VII do art. 52, serão tidos como atos de improbidade a omissão quanto à revisão do plano diretor num prazo de dez anos (art. 40, § 3º) e quanto a sua aprovação em cinco anos a partir da data da

entrada em vigor da lei, para os municípios com mais de vinte mil habitantes (art. 41, I) e que integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (art. 41, II) (art. 50).

O prazo de cinco anos, fixado no art. 50, que se encerraria em 08 de outubro de 2006, foi prorrogado até 30 de junho de 2008 pela Lei n. 11.673, de 08 de maio de 2008.

Assim, verifica-se que, no que tange aos deveres de elaboração e revisão do plano, o Estatuto da Cidade cuidou de estabelecer conseqüências aos agentes públicos que participarem de tais fases do processo de planejamento e praticarem atos considerados ímprobos, nos termos da lei. Nada mencionou, porém, a respeito do descumprimento do dever de execução do plano.

Com base na opção feita pelo legislador, serão analisadas conjuntamente as hipóteses de descumprimento dos deveres de elaboração e revisão do plano, pois às hipóteses será aplicada a mesma espécie de conseqüências, quais sejam as sanções cominadas na Lei de Improbidade Administrativa, em determinados casos.

Já a hipótese de descumprimento do dever de execução do plano, por não haver cominação expressa de nenhuma sanção no Estatuto da Cidade, será analisada em apartado.

5.2 Conseqüências do descumprimento dos deveres jurídicos de elaboração e revisão do plano

5.2.1 Ato ilícito

As conseqüências aqui analisadas serão aquelas referentes ao descumprimento dos deveres decorrentes da elaboração e da revisão do plano. Para tais casos, a Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, prevê em seu art. 52, aos agentes que praticarem os atos ali descritos como ímprobos, as penas cominadas na Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa. São sanções dirigidas aos agentes que atuam em nome do Estado, com destaque para o prefeito, e descumprem o dever jurídico que o ordenamento jurídico lhes impõe

ao conferir-lhes poderes para o alcance do interesse público identificado como a ordenação do território municipal para o desenvolvimento das funções sociais da cidade. Pode-se dizer, portanto, que o agente público é responsável diretamente pelo descumprimento do dever jurídico, enquanto o Estado responde indiretamente.

As conseqüências aqui tratadas são imputadas ao agente como sanções, em virtude da prática de comportamento contrário ao dever jurídico. É essencial à compreensão do sistema jurídico que os comportamentos que afrontem o Direito nele encontrem as sanções que lhe são aplicáveis. Os atos ou omissões contrários ao ordenamento jurídico, que são pressupostos para aplicação de sanção, serão aqui denominados de ilícitos, de acordo com as lições extraídas da teoria da geral do Direito, em especial da teoria pura do Direito de Hans Kelsen, que cuidou dos temas dever e sanção, os quais aqui interessam.

A depender do conceito que se atribua à palavra “ilícito”, poderá ela ser sinônima de “ilegal”. Assim, se à expressão verbal “ilícito” for dado o significado de comportamento contrário ao Direito, ou à lei, as palavras podem ser sinônimas. Porém, como aqui se pretende dar à palavra “ilícito” significado mais específico, correspondente ao comportamento contrário à ordem jurídica que é pressuposto para aplicação de uma sanção, as palavras “ilícito” e “ilegal” não serão utilizadas como sinônimas. A fim de se estabelecer uma relação entre os conceitos de ilegalidade e ilicitude, pode-se afirmar que comportamento ilícito é o comportamento ilegal para o qual o ordenamento jurídico prevê como conseqüência uma sanção ao sujeito que o praticou. Já a ilegalidade pressupõe a aplicação de sanções objetivas, direcionadas apenas ao ato ilegal e não ao sujeito que o praticou.

A concepção de ilícito lançada advém da teoria juspositivista, segundo a qual o que é ilícito é qualificado pela lei. Ao contrário do que se adota na corrente jusnaturalista, para o positivismo não existem condutas ilícitas por sua própria natureza, ou seja, um comportamento não será ilícito por sua qualidade imanente. Nesse sentido é o pensamento de Hans Kelsen, que procurou um critério para definição de ilícito não ético ou sociológico, mas estritamente jurídico:

A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste, assim – como o pressupõe a jurisprudência tradicional –, em ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como consequência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência. Não é uma qualidade imanente qualquer e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito – mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, uma sanção.²⁶²

De acordo com o pensamento de Kelsen a sanção é imprescindível para a caracterização de um sistema jurídico. Para ele, não existem sanções porque há deveres que podem ser descumpridos, mas, ao contrário, há deveres jurídicos exclusivamente porque há sanções. O conceito de sanção é, na concepção do autor, prévio ao conceito de dever. Assim, um ato só é ilícito porque o ordenamento jurídico prevê sanção para o seu descumprimento. Para o autor, a sanção caracteriza o sistema jurídico, pois as normas tipicamente jurídicas não proibem nem ordenam ações, mas sim lançam sanções a determinadas condutas.

Há autores, contudo, que compreendem a sanção como a consequência que advém da prática do ilícito, que será, portanto, pressuposto para a aplicação da sanção, e não o contrário. Segundo Gabriel García Maynez, a sanção “pode ser definida como consequência jurídica que o descumprimento de um dever produz em relação ao obrigado”.²⁶³

Seja qual for a importância que se atribua à palavra “sanção”, é mister ressaltar que ela faz parte do conceito de ilícito. São, portanto, indissociáveis os conceitos de ato ilícito e sanção a respeito dos quais traz-se à colação a posição da doutrina nacional e estrangeira.

Na definição de Hugo R. Zuleta, “os atos ilícitos são, para o positivismo jurídico, aqueles que estão proibidos pelo direito positivo”.²⁶⁴

²⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, p. 124-5.

²⁶³ No texto original: “[...] puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado” (GARCÍA MAYNEZ, Gabriel. *Introducción al estudio del derecho*, p. 295).

²⁶⁴ No texto original: “los actos ilícitos son, para el positivismo jurídico, aquellos que están prohibidos por el derecho positivo” (ZULETA, Hugo R. *Ilícito*. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; e LAPORTA, Francisco J. (coords.). *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, p. 334).

Entende-se que tal assertiva deve ser interpretada de forma ampla, ou seja, não são ilícitos apenas os atos que decorram do descumprimento de norma jurídica cujo modal deôntico seja proibitivo, mas também pelo descumprimento daquela que possui como modal deôntico aquilo que é obrigatório.

É o que o ocorre com os incisos VI e VII do art. 52, a serem examinados, que caracterizam como atos ímprobos, suscetíveis às sanções da Lei n. 8.429/92, portanto, o descumprimento pelo prefeito e demais agentes de obrigações previstas em lei, como a promoção de audiências públicas (art. 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade), a publicidade dos documentos e informações produzidos (art. 40, § 4º, II, do Estatuto da Cidade), o acesso da população aos documentos produzidos (art. 40, § 4º, III, do Estatuto da Cidade), a revisão do plano diretor a cada dez anos (art. 40, § 3º, do Estatuto da Cidade), e a sua instituição até 30 de junho de 2008 (art. 50 do Estatuto da Cidade).

Merece ressalva a complementação fornecida por Gabriel García Maynez, para quem são ilícitas “a) a omissão dos atos ordenados, e b) a execução dos proibidos”.²⁶⁵

Segundo Daniel Ferreira, “sanção é a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento nela previsto”.²⁶⁶

Desse modo, entende-se por ato ilícito o comportamento, ativo ou omissivo, contrário ao direito, que tem como consequência a aplicação de uma sanção prevista no ordenamento jurídico àquele que descumpriu o dever jurídico.

O ato ilícito poderá ser de natureza civil, penal, administrativa ou híbrida, a depender do regime jurídico a que se submete, porém, guardará a mesma relação indissolúvel com o conceito de sanção. Assim, a sanção será consequência para todo tipo de ato ilícito, não importa a natureza que possua, porém o regime jurídico de cada qual lhe dará o conteúdo jurídico necessário para que possa recompor a ordem jurídica satisfatoriamente.

²⁶⁵ Texto no original: “a) la omisión de los actos ordenados, e b) la ejecución de los prohibidos” (GARCÍA MAYNEZ, Gabriel. *Introducción al estudio del derecho*, p. 221).

²⁶⁶ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa*, p. 82.

5.2.1.1 *Improbidade administrativa*

5.2.1.1.1 *Considerações iniciais*

Dentre as diversas espécies de sanções existentes, estão aquelas previstas na Lei n. 8.429/92 para a prática de atos ímprobos, que representam sanções de natureza política, administrativa e civil.

A presente seção destina-se ao estudo da improbidade administrativa e tem por objetivo verificar se o descumprimento dos deveres de elaboração e revisão do plano caracteriza ato de improbidade.

No tocante ao direito urbanístico, são inúmeros os atos ímprobos que se verificam no dia-a-dia das cidades brasileiras, os quais, na maioria das vezes, permanecem impunes. Sobre o assunto, destaca-se o pensamento de Adilson Abreu Dallari:

As normas de zoneamento urbano são habitualmente descumpridas; os espaços urbanos e o sistema viário ficam inteiramente na dependência dos interesses dos especuladores imobiliários, cuja ousadia só é superada pela capacidade em obter a regularização de tudo quanto foi feito contra a lei. Em algumas cidades chega-se ao cúmulo de existir um serviço público de transporte de passageiros “clandestino”, funcionando paralelamente ao serviço público regular, com a aprovação dos usuários.²⁶⁷

Como já observado, o Estatuto da Cidade arrolou em seu art. 52 os atos considerados ímprobos, dos quais interessam ao estudo os seguintes:

Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, quando:

[...]

VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei.

VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei;

O Estatuto da Cidade previu como ato de improbidade, no inciso VI do art. 52, impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I (“promoção de audiências públicas e debates com a participação da população

²⁶⁷ DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político, p. 102.

e de associações representativas dos vários seguimentos da comunidade”), II (“publicidade quanto aos documentos e informações produzidos”) e III (“acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos”) do § 4º do art. 40, que trata do processo de elaboração do plano diretor.

No tocante ao inciso VII do art. 52 foram configurados como atos de improbidade a omissão quanto à revisão do plano diretor num prazo de dez anos (art. 40, § 3º) e quanto a sua aprovação em cinco anos a partir da data da entrada em vigor da lei, para os municípios com mais de vinte mil habitantes (art. 41, I) e que integrem regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas (art. 41, II) (art. 50).

O prazo de cinco anos, fixado no art. 50, que se encerraria em 08 de outubro de 2006, foi prorrogado até 30 de junho de 2008 pela Lei n. 11.673, de 08 de maio de 2008.

O art. 52, VI, cuida das hipóteses relacionadas ao descumprimento das diretrizes para a gestão democrática das cidades. Para Diogenes Gasparini, como a lei dispõe que serão realizadas “audiências públicas”, o Poder Executivo municipal deverá promover no mínimo duas, nas quais haverá espaço destinado para os debates. Ademais, para garantir o acesso da população aos documentos e informações produzidos, a Administração municipal deverá disponibilizar pessoal capacitado e com conhecimento de todo o processo para orientar os interessados.²⁶⁸

Diogenes Gasparini aponta com propriedade que no inciso VI do art. 52 a infração tem origem na ausência de pressupostos de legalidade do plano diretor, e no inciso VII do art. 52 a infração consiste na ausência do próprio plano diretor.²⁶⁹

No Direito espanhol também há previsão de sanções para a ocorrência de infrações urbanísticas descritas em sua Lei do Solo, tema que é tratado por Antonio Carceller Fernández:

São infrações urbanísticas as ações e omissões que vulnerem as prescrições contidas na legislação e o planejamento urbanístico, tipificadas e sancionadas naquela.

A infração urbanística constitui, portanto, um tipo específico de infração administrativa, que vem definida *ratione materiae*, que pode surgir não somente por ação, mas também por omissão, e que se

²⁶⁸ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2-3.

²⁶⁹ Ibid., p. 1.

refere a uma vulneração tanto da legislação como do planejamento. Ademais de ser antijurídica, há de estar tipificada e sancionada pela legislação urbanística.

Toda infração urbanística levará consigo a imposição de sanções aos responsáveis, assim como a obrigação de ressarcimento de danos e indenizações de prejuízos a cargo dos mesmos, tudo com independência das medidas de proteção da legalidade urbanística previstas na LS que estudamos no capítulo anterior desta *Introducción al Derecho urbanístico*.²⁷⁰

O objetivo da presente seção, portanto, é estudar a hipótese prevista em lei a ensejar a responsabilização do agente público por improbidade administrativa. Para tanto, é essencial identificar qual o conteúdo jurídico que todo o ordenamento, e não apenas a Lei n. 8.429/92, confere à palavra improbidade, que encontra raiz constitucional, entre outros, nos arts. 15, V, e 37, § 4º.

5.2.1.1.2 Princípio constitucional da moralidade administrativa

Antes de tratar do tema da improbidade administrativa, é imprescindível o estudo do princípio constitucional da moralidade administrativa, um dos princípios que a Administração Pública deve observar de acordo com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Isto porque, segundo Márcio Cammarosano,²⁷¹ a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada, de modo que toda improbidade constitui ofensa à moralidade administrativa.

O autor construiu brilhante tese, da qual se compartilha, com o propósito de desvendar o conteúdo jurídico do princípio constitucional da

²⁷⁰ No texto original: “*Son infracciones urbanísticas las acciones u omisiones que vulneren las prescripciones contenidas en la legislación y el planeamiento urbanístico, tipificadas y sancionadas en aquélla.*”

La infracción urbanística constituye, por tanto, un tipo específico de la infracción administrativa, que viene definida ratione materiae, que puede surgir no solo por acción, sino también por omisión, y que se refiere a una vulneración tanto de la legislación como del planeamiento. Además de ser antijurídica, ha de estar tipificada y sancionada por la legislación urbanística.

*Toda infracción urbanística llevará consigo la imposición de sanciones e a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños e indemnizaciones de perjuicios a cargo de los mismos, todo ello con independencia de las medidas de protección de la legalidad urbanística previstas en la LS que hemos estudiado en el capítulo anterior de esta Introducción al Derecho urbanístico” (CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al Derecho urbanístico*, p. 109-10).*

²⁷¹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 95.

moralidade, segundo a qual, em face do primado da segurança jurídica – postulado fundamental do Estado Democrático de Direito – e da relatividade da moral, o princípio da moralidade administrativa não pode ser considerado referido direta e imediatamente à moral comum ou, ainda, a este ou aquele ideal de justiça, mas sim ao próprio Direito. É, portanto, moralidade jurídica. Assim, todo ato ofensivo à moralidade administrativa é inexoravelmente ilegal, pois só é ofensivo à moralidade porque ofende certos valores juridicizados.

A maior parte da doutrina, contudo, não comunga do mesmo entendimento do autor e considera que o princípio constitucional da moralidade administrativa deve buscar substrato não apenas na lei, mas sim em valores éticos e morais existentes na sociedade em dado momento, o que o torna um princípio autônomo. Nesse sentido é o pensamento de Weida Zancaner, para quem “a redução do princípio da moralidade ao da legalidade obstaculiza que o perfil do Estado Democrático de Direito se concretize em sua inteireza”.²⁷²

No mesmo sentido:

A regra moral não prevalece apenas para influir nas relações privadas ou para influir nas relações civis. A matéria obrigacional, no sentido da responsabilidade peculiar, diz respeito tanto à Administração quanto ao Estado e ao administrado.

O problema jurídico que domina a elaboração das leis, desde que afete a plenitude da ordem jurídica, inspira-se na impossibilidade absoluta de separar-se direito e moral. O abuso de direito, na prática costumeira, assemelha-se ao abuso de poder.

O bom administrador – no exato entendimento, o bom administrador, portanto, é aquele que usando da sua competência legal “se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há de conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto nos seus efeitos.²⁷³

Defender a amplitude e a dignidade normativa do princípio da moralidade não importa identificar a regência estrita do ordenamento jurídico pelo regramento moral. O que se dá é incidência de parâmetros morais a orientar finalisticamente a conduta do agente. O que se dá é ampliação da possibilidade de controle da atividade administrativa também por parâmetros morais, que são aplicadas por meio das normas jurídicas, quando da incidência destas.²⁷⁴

Entende-se, contudo, em retomada ao pensamento de Márcio Cammarosano, que o conteúdo jurídico do princípio da moralidade deve ser

²⁷² ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade, p. 629.

²⁷³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*, p. 10-1.

²⁷⁴ MOREIRA, Egon Bockman. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*, p. 101.

extraído do próprio ordenamento jurídico e não da moral comum, que apenas servirá para identificação do princípio constitucional da moralidade se os valores por ela albergados também o forem pelo ordenamento jurídico, de modo que a ofensa à moralidade será uma forma qualificada de ofensa à legalidade. O parâmetro para o intérprete, portanto, sempre será a lei e não a moral. Ademais, os valores morais albergados pelo direito positivo, que informam o princípio da moralidade, tornam-no dotado de conteúdo próprio que, apesar de partir do princípio da legalidade, assume posição diferenciada no sistema. Se raciocínio contrário fosse admitido, ou seja, se o princípio da moralidade fosse tomado como equivalente idêntico ao princípio da legalidade, não haveria sentido algum na previsão constitucional do art. 37, *caput*, que arrola tanto o princípio da legalidade como o da moralidade para nortear a Administração Pública.

Ainda segundo o autor, o agente público, como homem livre, pode determinar-se a si próprio e, portanto, pode conscientemente violar o Direito. Entretanto, a ordem jurídica reputa de maior gravidade a lesão quando decorrente de deliberação do agente e, sendo assim, imputa uma sanção de maior intensidade. Ou seja, se a invalidade estiver conjugada com a intenção viciada do agente, a reação do ordenamento jurídico é mais severa e, além de se anular o ato, o próprio agente deverá ser apenado. A ilegalidade, quando intencionalmente perpetrada pelo agente, converte-se, então, em imoralidade. A imoralidade administrativa, portanto, reside na intencional violação da lei por quem, por dever de ofício, estava obrigado a dar-lhe exemplar cumprimento.²⁷⁵

O autor aponta como nota distintiva entre atos ilegais e imorais, e que conduz à aplicação de regime jurídico mais severo aos atos imorais, a intenção violadora da legalidade por parte do agente nestes últimos. Assim, somente o dolo na conduta do agente, consistente na intenção de, deliberadamente, ofender a ordem jurídica, é que caracteriza um ato imoral e torna o agente sujeito a sanções mais graves do que aquelas que estaria sujeito caso não houvesse a intenção de violar a ordem jurídica.

O princípio da moralidade abriga os princípios da lealdade e da boa-fé, na medida em que exige do administrador atuação reta e sincera com

²⁷⁵ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 95-110.

relação aos administrados, sendo-lhe vedado qualquer comportamento astucioso ou malicioso.²⁷⁶

Assim, por ser a improbidade uma imoralidade administrativa especialmente qualificada, a intenção violadora da legalidade, do mesmo modo, nela deverá estar presente. Com base nessa premissa é que a subseção seguinte busca identificar o conteúdo jurídico da improbidade administrativa, já que esta pode ser classificada como espécie do gênero imoralidade administrativa.²⁷⁷

Os atos imorais, por representarem uma ilegalidade, podem ser declarados nulos tanto pela própria Administração, no exercício da autotutela de seus atos, como pelo Poder Judiciário. O ordenamento jurídico prevê como mecanismos para o controle judicial da moralidade a ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e Lei n. 4.717/65), a ser ajuizada por qualquer cidadão, e a ação civil pública (art. 129, III, da Constituição Federal e art. 1º, VI, da Lei n. 7.347/85).

5.2.1.1.3 O conteúdo jurídico da improbidade administrativa

Os atos imorais identificam-se como atos ilegais qualificados pela intenção viciada dos agentes que os praticam, intenção esta direcionada a, deliberadamente, violar a lei. Os atos ímprobos, por sua vez, são espécies de atos imorais e, via de conseqüência, são também atos ilegais. Todos os atos que afrontem a ordem jurídica são inválidos e passíveis de serem declarados nulos. O ordenamento jurídico previu, para os casos de improbidade administrativa, além da nulidade do ato, a responsabilização administrativa do agente, por ofensa à moralidade.

Assim, a qualificação jurídica da improbidade administrativa enquanto espécie do gênero imoralidade, está na previsão de certos comportamentos como atos de improbidade pelo ordenamento jurídico, ou seja, trata-se de qualificação objetiva, já que, no que tange ao aspecto subjetivo, imoralidade e improbidade identificam-se pela intenção violadora da lei, por

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 119-20.

²⁷⁷ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 107.

parte do agente, que atua com desonestidade. Os atos de improbidade descritos em lei, portanto, concretizam a imoralidade.

Conforme já afirmado, a investigação do conteúdo jurídico da improbidade administrativa tem por objetivo a análise dos dispositivos do Estatuto da Cidade que prevêem punição por improbidade administrativa para certas condutas, dentre as quais aqui interessam aquelas relacionadas ao descumprimento dos deveres decorrentes do planejamento urbano.

O tema da improbidade administrativa mereceria dissertação própria, porém, como não é o único a ser examinado no presente trabalho, foram selecionados apenas alguns aspectos relevantes a seu respeito, dentre os quais: quem são os destinatários das sanções da Lei de Improbidade Administrativa; a importância do elemento subjetivo na configuração da improbidade e a estrutura normativa dos tipos previstos na Lei n. 8.429/92, com destaque para o art. 11, uma vez que esse artigo, bem como as sanções a ele relacionadas, é aplicado aos atos de improbidade previstos na Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade.

O art. 1º da Lei n. 8.429/92 menciona que será sujeito às penas da lei qualquer agente público, servidor ou não. No art. 2º, o legislador apontou o que reputa agente público, nos seguintes termos:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Já o art. 3º da lei, alcança os particulares que tenham induzido ou concorrido para a prática do ato de improbidade, ou dele tenham se beneficiado direta ou indiretamente

Discute-se muito na doutrina a inclusão ou não dos agentes políticos no rol dos sujeitos a serem submetidos às penas da lei, apesar de o texto do art. 2º ter sido claro ao dispor sobre os agentes que tenham por investidura o mandato, dentre os quais se incluem os agentes políticos.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, são agentes políticos:

[...] os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e

respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.²⁷⁸

Aqueles que entendem que os agentes políticos não se submetem às sanções da Lei de Improbidade argumentam que a tais agentes já estariam destinadas as sanções previstas na Lei n. 1.079/50, para os agentes políticos das esferas federal, estadual e distrital, e no Decreto-lei n. 201/67, para os agentes políticos da esfera municipal; ambos são diplomas normativos que cuidam dos denominados “crimes de responsabilidade”, infrações político-administrativas praticadas por agentes políticos.²⁷⁹

²⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 246-7.

²⁷⁹ “RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei n. 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei n. 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei n. 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei n. 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992). II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro

Todavia, adota-se no presente trabalho posicionamento contrário sobre a inclusão dos agentes políticos no rol de sujeitos a se submeterem às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, isto porque, os textos normativos citados cuidam de infrações de natureza diversa das previstas na Lei de Improbidade, as quais sujeitam seus agentes não apenas a sanções político-administrativas, mas também a sanções civis, e ambas demandam procedimentos sancionatórios autônomos.²⁸⁰

Ademais, cumpre destacar, para que não haja nenhuma dúvida, com relação aos atos de improbidade praticados em face da política urbana, os quais aqui interessam, o art. 52 da Lei n. 10.257/2001, Estatuto da Cidade, foi preciso ao prever que as sanções seriam aplicadas ao prefeito, sem prejuízo a outros agentes envolvidos, dentre os quais se incluem os Vereadores, na hipótese de, por exemplo, não apreciarem o projeto de lei do plano diretor encaminhado a eles pelo Executivo.

Portanto, os agentes políticos, dentre os quais se destacam os prefeitos e vereadores, submetem-se às sanções da Lei n. 8.429/92 para todos os efeitos. Nesse sentido é o pensamento de Marcelo Figueiredo:

Como é cediço, o regime constitucional dos ocupantes de cargos eletivos (enfocamos os parlamentares) recebe da Constituição um tratamento peculiar, cinto de garantias, imunidades, prerrogativas, etc. Gozam os parlamentares dos direitos constitucionais estampados nos arts. 53 e ss. da CF. Concretamente, são beneficiados pela inviolabilidade criminal em razão de suas opiniões, palavras e votos. Ao lado dela, igualmente estão protegidos pela imunidade criminal, que tem por escopo principal impedir o processo e a prisão. Não podem ser processados sem prévia licença do órgão a que estão vinculados. Contudo, como visto, as imunidades alcançam o processo criminal, os crimes, não se estendendo a cominações civis ou ao ressarcimento civil. Sendo assim, nada obsta ao ajuizamento da ação prevista na lei em tela. Poderá haver alguma sorte de “conexão” com o crime; contudo, essa questão somente poderá ser resolvida caso a caso, para efeito de eventual sobrestamento dessa ou daquela ação.²⁸¹

Muito embora o art. 52 do Estatuto da Cidade não tenha feito referência expressa aos vereadores, entende-se que eles são abrigados pela

perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE” (STF, Reclamação n. 2138-6/DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 13.06.2007, DJe 18.04.2008). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 jan. 2010.

²⁸⁰ OLIVEIRA, José Roberto. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 113.

²⁸¹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, p. 46.

expressão genérica “outros agentes públicos”, que se verifica na redação do artigo. Desse modo, os vereadores também responderiam por improbidade administrativa pelas condutas descritas nos incisos do art. 52. No que tange ao inciso VII, que trata das hipóteses de não-apresentação do projeto de lei do plano diretor até 30 de junho de 2008 e da não-revisão do plano diretor num prazo de dez anos, não seria caso de improbidade a rejeição pelos vereadores do projeto de lei apresentado, tendo em vista a liberdade que possuem para o exercício da função legislativa de acordo com os parâmetros legais e constitucionais, mas sim a demora injustificada na apreciação do projeto, a revelar desprezo pelo interesse público local.

Outro aspecto que merece destaque, para delinear o perfil que a improbidade administrativa assume no ordenamento jurídico brasileiro, é a relevância que se atribui ao elemento subjetivo consistente na intencional violação da ordem jurídica pelo agente, como critério que diferencia os atos imorais dos atos ilegais, e também serve de pressuposto para identificação dos atos de improbidade, já que estes são, antes de mais nada, atos imorais, aos quais a lei destinou como conseqüências sanções mais severas.

Para Márcio Cammarosano, o elemento subjetivo que caracteriza o ato imoral, e via de conseqüência, o ato ímprobo, consiste na intenção de violar a lei que deve estar presente no momento em que o agente pratica a conduta. Trata-se, portanto, da conduta dolosa, omissiva ou comissiva, que reflita o caráter desonesto do agente, que age, ou se omite, para atingir finalidade diversa da lei em proveito próprio ou alheio. Ademais, é com base no elemento subjetivo que o autor dá o conceito de probó:

Probo, do latim *probus*, é aquele cujo procedimento caracteriza-se pela retidão de caráter, pela honestidade. Em sentido amplo designa também aquele que se comporta de maneira justa, criteriosa no cumprimento de seus deveres. É o homem íntegro, honrado.²⁸²

A Lei n. 8.429/92, contudo, em afronta à correta interpretação que deve ser dada ao termo “improbidade”, não descreveu apenas condutas dolosas como pressupostos para aplicação das sanções ali previstas, únicas passíveis de abrigar comportamentos desonestos, mas também previu, em seu art. 10, no qual arrola os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário,

²⁸² CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 109.

condutas culposas, o que torna o referido dispositivo inconstitucional. Todavia, como não faz parte do tema central do presente estudo tecer argumentos favoráveis à tese da inconstitucionalidade desse dispositivo, e como, ademais, até o presente momento, tal argüição não foi levada aos tribunais pátrios, é forçoso considerar a vigência e a aplicação do texto normativo, que vêm sendo feita pelo Poder Judiciário.

Por tal razão, o autor adverte que o aplicador do Direito deverá analisar com cautela o dispositivo e interpretar a culpa ali prevista como a conduta violadora de “cuidados objetivos diligentes que deveriam ser tomados”, e não aquela “decorrente de mero erro de fato ou de direito”,²⁸³ sem estendê-la, em nenhuma hipótese, às condutas previstas no art. 11 da Lei de Improbidade, o qual arrola os atos ímprobos que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Em sentido contrário é o entendimento de Juarez de Freitas, para quem a improbidade administrativa caracteriza-se pela inequívoca intenção desonesta e pela grave violação do senso médio superior da moralidade vigente em dada sociedade, admitindo a culpa grave não apenas nas hipóteses do art. 10, o que se depreende de interpretação *a contrario sensu* do trecho abaixo:

As cominações relativas às múltiplas espécies de improbidade administrativa não se devem aplicar aos agentes que tenham condutas “culposas leves ou levíssimas”, exatamente em função do *telos* em pauta e por não se configurar a improbidade, nestas situações, sequer por violação dos princípios fundamentais, sendo de grifar que a preservação do sistema não se coaduna com excessos ou desproporcionalidades supostamente moralistas.²⁸⁴

No mesmo sentido é o pensamento de Fábio Medina Osório, em obra dedicada ao estudo do tema, que entende que as condutas culposas de improbidade não devem se restringir às hipóteses do art. 10:

As graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos resultam da violação, dolosa ou culposa, de normas legais e constitucionais que regem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes, dentro do esquema típico da estrutura do ato ímprobo. O dolo ou a culpa se observam de acordo com a estrutura textual de cada

²⁸³ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 110.

²⁸⁴ FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*, p. 198-203.

dispositivo, não se podendo presumir que os atos culposos estejam circunscritos ao art. 10 da Lei Geral, porque o direito administrativo sancionador é mais flexível nesse aspecto e porque uma hermenêutica constitucionalmente adequada conduz a essa conclusão, em face do silêncio eloqüente em prol do aspecto punitivo.²⁸⁵

Discorda-se, contudo, dos pensamentos demonstrados e invoca-se, como argumento, as razões esposadas por José Roberto Pimenta Oliveira:

No campo da improbidade administrativa, preliminarmente, não é possível admitir que a identificação do elemento subjetivo da conduta típica possa ter sido adjudicada ao intérprete, conforme observe a forma da descrição contida na lei. Não se pode exportar ao terreno punitivo da improbidade a flexibilização admitida no campo do direito administrativo sancionador. A tipificação subjetiva deve ser reservada à lei, única a modular o princípio da culpabilidade da estrutura das categorias de improbidade administrativa.

Vigora, pois, a mesma norma de estrutura, colhida no Código Penal, em seu art. 18, parágrafo único, extensível analogicamente ao campo da improbidade, não porque as sanções tenham índole criminal, mas porque constitui elemento de técnica punitiva, quando está em cena a produção de ato sancionatório com efeitos que extravasam o domínio das relações entre a Administração e os culpados pela ilicitude, como o faz a Lei 8.429/92, em seus artigos 2º e 3º.²⁸⁶

Assim, de acordo com o sistema jurídico e a finalidade a que se propõe a Lei de Improbidade – a de estabelecer punição aos agentes que tenham comportamento marcado pela desonestidade –, é forçoso concluir que condutas culposas somente poderão ser punidas quando houver menção expressa, tal e unicamente como ocorre no texto do art. 10 da Lei n. 8.429/92.²⁸⁷

Merece destaque também, para a fixação do conteúdo jurídico da improbidade administrativa, a análise, ainda que em linhas gerais, da estrutura normativa dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, que prevêm as hipóteses de atos de improbidade, que, grosso modo, dividem-se em: atos que importem enriquecimento ilícito, atos que causem prejuízo ao erário e atos que atentem

²⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*, p. 465.

²⁸⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 274-5.

²⁸⁷ Nesse sentido: “Processual civil e administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Improbidade administrativa. Tipificação. Indispensabilidade do elemento subjetivo (dolo nas hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/92 e culpa, pelo menos, nas hipóteses do art. 10). Precedentes. Cerceamento de defesa configurado. Já que foi negada ao recorrente a produção de prova tendente a afastar a configuração do elemento subjetivo. Recurso especial provido” (STJ, Recurso especial n. 1.54.843/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 10.03.2009). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

contra os princípios da Administração Pública, respectivamente. Todos os artigos citados possuem a mesma estrutura normativa, ou seja, descrevem no *caput* genericamente a hipótese de ato de improbidade e, em seus incisos, apresentam, exemplificativamente, condutas que configuram a descrição genérica realizada no *caput*. Assim, o *caput* do artigo funcionaria como uma cláusula geral, a abrigo de outras condutas que não aquelas descritas nos incisos, mas que preencham os requisitos nela apontados.

Para Márcio Cammarosano, a estrutura apresentada, que prevê cláusulas genéricas em todos os artigos, e por tal razão podem abrigo de centenas de condutas não descritas em lei, afronta o princípio da segurança jurídica, pois ao se considerar a severidade das sanções impostas àqueles que praticam atos ímprobos é imperioso que, num Estado Democrático de Direito, a lei tipifique as condutas que mereçam essa qualificação.²⁸⁸

Diante de tal situação, Fábio Medina Osório aponta como solução jurídica a necessidade de edição de normas setoriais que complementem a Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA), que, segundo ele, estabelece normas sancionadoras em branco, tanto na redação do *caput* como na redação dos incisos dos arts. 9º a 11. Na visão do autor, o Estatuto da Cidade seria exemplo de norma setorial, que tipifica as condutas genericamente descritas na lei, ao prever as condutas já mencionadas. Nesse sentido:

O que se pode proclamar é a necessidade de que haja intermediação legislativa em todas as regras da LGIA, em maior ou menor medida, sendo todos os dispositivos espécies da categoria denominada “normas em branco”. A idéia de considerar os dispositivos do *caput* espécies de normas em branco, com alto nível de generalidade, inclusive servindo de referência residual aos incisos, agrega segurança jurídica ao modelo. De igual modo, os incisos serão normas em branco, porém com um detalhamento normativo mais intenso do que aquele estampado nas normas do *caput*.²⁸⁹

O Estatuto da Cidade, enquanto norma setorial, apenas fez referência a condutas a serem qualificadas como atos ímprobos, porém, não cuidou de identificar em quais das espécies de ato de improbidade tais condutas se enquadrariam. Para Diogenes Gasparini,²⁹⁰ nas hipóteses do Estatuto da Cidade, o prefeito atenta contra os princípios da Administração

²⁸⁸ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 109-10.

²⁸⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*, p. 255.

²⁹⁰ *Aspectos jurídicos do plano diretor*, p. 8.

Pública, em especial, os princípios da legalidade e da publicidade. Sua ação, portanto, enquadra-se na figura do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, e o sujeita às sanções do art. 12, III, do mesmo diploma legal.²⁹¹

Entende-se por acertada a posição do autor, na medida em que, por não ter o Estatuto da Cidade previsto expressamente a quais sanções da Lei de Improbidade as infrações por ele previstas seriam submetidas, em nome do princípio da proporcionalidade a subsunção deve ocorrer em relação às hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade, por implicarem sanções mais leves. Ademais, as hipóteses arroladas no art. 52, em especial os incisos VI e VII, que aqui interessam, não trazem, em seu bojo, redação que enseje enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei n. 8.429/92) ou lesão ao erário (art. 10 da Lei n. 8.429/92). Registre-se, contudo, em sentido contrário, o pensamento de Marcelo Figueiredo:

É dizer, *conforme o ato do prefeito*, aplicar-se-á o art. 9º, se importar enriquecimento ilícito ou sem causa, auferindo, na prática dos atos arrolados no art. 52, qualquer tipo de vantagem indevida, em razão do cargo; o art. 10, se houver lesão ao Erário, por ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que enseje perda patrimonial, desvio, etc.; o art. 11, se atentar contra os princípios da Administração Pública, incluídos os princípios éticos da Administração, ou não proceder com ética na administração dos negócios e atos de sua gestão. Tudo no que atina aos atos vedados pelo art. 52. Em síntese, a sanção aplicável variará conforme as três modalidades de improbidade. O Poder Judiciário deverá, com prudência e atendendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, apreciar em cada caso se o ato violador do art. 52 importou enriquecimento ilícito, lesão ao erário, ou afrontou princípios da Administração Pública.²⁹²

²⁹¹ Art.12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

²⁹² FIGUEIREDO, Marcelo. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa (art. 52). In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, p. 379.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, no art. 11 da Lei n. 8.429/92, o legislador equiparou a ilegalidade à improbidade, o que não foi feito no texto constitucional.²⁹³

Entende-se, contudo, que não é esta a interpretação a ser conferida ao dispositivo, sob pena de, além da previsão de punição da conduta culposa no art. 10, haver outra inconstitucionalidade no texto da Lei n. 8.429/92. Em virtude da supremacia da Constituição, a interpretação dos textos normativos infraconstitucionais deve sempre privilegiar o conteúdo de acordo com as disposições constitucionais, de maneira que não se pode considerar que o art. 11 da Lei de Improbidade tem por finalidade punir a prática de mera ilegalidade, sem o contorno da desonestidade que se exige para configuração do ato ímprobo. O objetivo da lei, de punir o agente ímprobo, desonesto, por si só, afasta a interpretação de que qualquer ilegalidade está absorvida nas hipóteses do art. 11.

Para José Roberto Pimenta Oliveira, que realiza uma análise dos tipos da Lei n. 8.429/92 com base em seus elementos objetivos, o intuito do legislador ao prescrever as condutas do art. 11 da Lei n. 8.429/92 foi proteger os bens jurídicos da lealdade e da imparcialidade e não punir condutas ofensivas a quaisquer princípios da Administração. Segundo o autor, a atividade punitiva não se dirige à concretização de princípios, mas de bens jurídicos. O art. 11, ainda segundo o autor, “conferiu máxima efetividade à tutela constitucional”, ao proteger os princípios, aliados aos bens jurídicos da lealdade e imparcialidade.²⁹⁴

Ainda conforme José Roberto Pimenta Oliveira, a ilegalidade por deslealdade e imparcialidade, à luz da Lei n. 8.429/92 e do ordenamento jurídico, assim se caracteriza e se relaciona:

Haverá ilegalidade material por deslealdade, quando, em qualquer conduta ilegal, o agente público exercitar atividade dissociada do parâmetro de confiança ou fidelidade, decorrente da posição servicial que assume para o atendimento de fins públicos vinculados ao exercício da competência pública. Nesta hipótese, não se cumpre a lei e não se constata qualquer submissão às finalidades públicas assinaladas na legalidade violada.

²⁹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 317-27.

²⁹⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 261-4.

Toda forma de agir com deslealdade implicará, a seu turno, um comportamento funcional desvirtuado por violação à imparcialidade.

Haverá ilegalidade material por parcialidade, quando surge, no cenário da conduta ilegal, a desconsideração do grau de relevância (ou irrelevância) jurídica que determinado interesse, direito ou situação jurídica, de índole pública e/ou privada, deva ter no caso concreto, em vista da disciplina legal.²⁹⁵

Sobre a ilegalidade material por parcialidade, o autor ressalva que o agente descumpra a norma sem existir no contexto fático causa jurídica idônea a sustentar o desrespeito a elementos valorativos verificados na conduta.²⁹⁶ Assim, só estará configurada a improbidade se a atuação do agente não puder ser justificada por elementos jurídicos outros que impeçam sua atuação, dentre as quais de destaca a questão orçamentária.

Marcello Caetano sintetiza o que representam os deveres de imparcialidade e lealdade, bens jurídicos tutelados pelo art. 11 da Lei de Improbidade:

O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de, por outro modo, ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender.²⁹⁷

Outro argumento, ademais, pode ser levantado para caracterizar os atos de improbidade previstos no Estatuto da Cidade como atos que representam ofensa a princípio e, portanto, a serem submetidos ao art. 11 da Lei n. 8.429/92. O Estatuto da Cidade regulamentou o art. 182 da Constituição Federal e seus parágrafos, que cuidam da política de desenvolvimento urbano e prevêem o plano diretor como principal instrumento da execução dessa política. Os incisos VI e VII do art. 52 do Estatuto da Cidade, aqui analisados, tutelam o planejamento urbano enquanto bem jurídico e dever a ser cumprido pelo Estado e, em última análise, refletem proteção ao princípio constitucional da função social da propriedade, já que o conteúdo dessa função será fixado pelo plano diretor.

Assim, a incidência das hipóteses dos incisos VI e VII do art. 52 do Estatuto da Cidade representa, em última análise, ofensa ao princípio da

²⁹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 269.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 269.

²⁹⁷ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, p. 750.

função social da propriedade, que apesar de não se tratar de princípio da Administração, já que não arrolado no art. 37, a ela é dirigido por força da própria Constituição Federal. O plano diretor foi o instrumento escolhido pela Constituição Federal para identificar a função social da propriedade urbana. Se o plano não for elaborado, não for revisto ou, ainda, não garantir a efetiva participação popular, o princípio da função social da propriedade será afrontado.

Dessa maneira, para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 52, VI e VII, do Estatuto da Cidade, é essencial que se comprove a existência do elemento subjetivo, consistente na intencional violação à legalidade; e o objetivo, consistente na ofensa aos bens jurídicos da lealdade e da imparcialidade, que refletem o respeito aos princípios constitucionais. Ausentes tais elementos e fora das hipóteses previstas na lei, não há que se sustentar eventual condenação por improbidade administrativa.

A punição por improbidade, na maioria das vezes, vem cumulada, ainda que por intermédio de procedimentos distintos, com a nulidade do ato, conforme afirma Wallace Paiva Martins Júnior:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e, por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício da função pública.²⁹⁸

O art. 12, III, da Lei n. 8.429/92 prevê as seguintes sanções a serem aplicadas diante da ocorrência das hipóteses do art. 11, dentre as quais se incluem as hipóteses dos incisos VI e VII do art. 52 do Estatuto da Cidade: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,

²⁹⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, p. 115.

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

O ressarcimento integral do dano refere-se a dano ocorrido em prejuízo ao erário, ao Estado e, indiretamente, a toda a população do município. Não se trata de dano provocado em face de cidadão determinado, o que configuraria a hipótese de responsabilidade extracontratual do Estado. Segundo o art. 18 da Lei n. 8.429/92, as verbas indenizatórias serão destinadas ao patrimônio da entidade lesada pelo ato ímprobo. O art. 37, § 5º, segunda parte, da Constituição Federal assegura a imprescritibilidade da reparação ao erário.

A perda da função pública implica extinção do vínculo mantido entre o agente e a entidade lesada pela improbidade, seja qual for a natureza do vínculo. De acordo com previsão do art. 20 da Lei n. 8.429/92, a perda da função pública só ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença condenatória.²⁹⁹ Todavia, o agente público poderá ser afastado quando a medida for necessária para a instrução processual, conforme previsão do parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92.

A suspensão dos direitos políticos por três a cinco anos compromete o exercício do direito ao sufrágio eleitoral, um dos mecanismos de exercício da democracia contemporânea.³⁰⁰ Do mesmo modo que a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos só será aplicada após o trânsito em julgado de sentença condenatória, de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.429/92, sem a ressalva, contudo, da aplicação antecipada para garantia da instrução processual.

A multa civil, no valor de até cem vezes a remuneração percebida pelo agente, tem natureza jurídica punitiva, uma vez que a reparação fica por conta do ressarcimento ao erário ou eventual ação autônoma de responsabilidade civil. Seu pagamento deverá ser feito em favor do ente estatal que suportou o ato de improbidade e não está sujeito ao trânsito em julgado da

²⁹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 297-8.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 303.

sentença condenatória, como as demais sanções, sendo cabível seu pagamento antecipado.³⁰¹

As três últimas sanções previstas no art. 12, III, consistentes em proibições de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, embora não haja menção expressa na Lei n. 8.429/92, são aplicáveis às entidades privadas descritas no art. 3º da lei e não aos agentes públicos ou políticos.

Encontra-se na doutrina e na jurisprudência divergência acerca da aplicação cumulativa, ou não, das sanções da lei. Todavia, entende-se que as sanções podem ser aplicadas cumulativamente, pois, como já visto, a probidade recebeu da Constituição Federal uma especial proteção, de modo que a aplicação isolada das sanções reduziria a relevância atribuída à probidade administrativa pelo ordenamento jurídico. É certo, contudo, que a depender do caso concreto a aplicação cumulativa de todas as sanções, em especial nos casos menos graves, afrontaria o princípio da proporcionalidade, o qual, em um de seus aspectos, traduz-se na proibição do excesso. Para resguardar ambas as possibilidades, de aplicação isolada e cumulativa das sanções, é que a Lei 12.120/2009, acrescentou ao texto do art. 12, caput tais previsões.

A improbidade administrativa é combatida por intermédio do ajuizamento de ação ordinária pelo Ministério Público (art. 17 da Lei n. 8.429/92 e art. 270 do Código de Processo Civil), para que seja respeitado o devido processo legal, com a maior possibilidade de dilação probatória, pois visa a aplicação de sanções. Embora não deixe de ser uma ação coletiva, de tutela de interesses indisponíveis, à ação de improbidade não se aplica o regime jurídico de tutela coletiva previsto nas Lei ns. 7.347/85, Lei de Ação Civil Pública, e 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.³⁰²

A ação civil pública de improbidade, assim denominada pois tem o Ministério Público como seu titular, será proposta perante o juízo cível de primeira instância. O art. 84 do Código de Processo Penal, que trata do foro por

³⁰¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 315-8.

³⁰² JORGE, Flávio Cheim; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, p. 217-28.

prerrogativa de função por crimes comuns e de responsabilidade praticados por agentes políticos, teve acrescentados os §§ 1º e 2º pela Lei n. 10.628/2002, dentre os quais, interessa aqui o teor do § 2º:

Art. 84. [...] § 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

O novo parágrafo introduzido ao artigo, contudo, foi atacado pela ADIn n. 2.797-2/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, que considerou inconstitucional a alteração legislativa promovida no art. 84, § 2º, por ser matéria reservada à Constituição Federal a fixação da competência julgadora originária dos tribunais.

Dessa forma, não há que se falar em foro privilegiado, por prerrogativa de função, para o ajuizamento da ação civil pública de improbidade, que terá lugar na comarca correspondente ao município em que se verificar a prática de ato ímprobo a ser julgada pelo juiz singular de primeira instância, mais próximo dos fatos do que os desembargadores dos tribunais.

Equipara-se aos casos de omissão na elaboração do plano ou de sua revisão no prazo legal, como hipótese de descumprimento do dever jurídico decorrente do planejamento, a ensejar a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92, a apresentação do projeto de lei do plano diretor ou o projeto de sua revisão, com fundamento em planejamento insuficiente ou mediano, que revele desleixo com o interesse público por parte daqueles que deveriam realizar os estudos técnicos de maneira eficaz e eficiente para o diagnóstico do plano. Esses agentes podem ser tanto públicos como particulares contratados pela Administração, a quem incumbe delimitar qual será o objeto do plano e quais serão as soluções por ele trazidas, ao elaborar o projeto de lei a ser encaminhado ao Legislativo. Diz-se que tal caso equipara-se aos casos de omissão, pois se o conteúdo do plano não refletir a realidade do município, de maneira que promova a melhor ordenação do território para o desenvolvimento das funções sociais da cidade em face das circunstâncias existentes, será inexecutável, como se não tivesse existido, vez que será necessária a elaboração de novo plano.

Nesse caso, entende-se que não apenas os agentes que atuaram na fase de elaboração do plano incorrerão em improbidade administrativa, mas também os membros do Poder Legislativo, os quais aprovaram um projeto de lei que continha em seu bojo plano oriundo de planejamento insuficiente.

5.2.1.2 Outras formas de recomposição da ordem jurídica decorrentes de atos ilícitos

Fora das hipóteses do Estatuto não é possível a punição por improbidade de agente pela prática de qualquer outro ato ilegal relacionado ao planejamento urbano. Assim, mesmo que a intenção seja viciada, como não se verifica a hipótese legal, poderá se cogitar de responsabilidade administrativa, a depender da disposição do estatuto que rege a conduta do agente público ou, ainda, ofensa ao princípio da moralidade, a ser combatido por intermédio de ação popular. Aventa-se, além disso, a hipótese de responsabilização do agente por “crime de responsabilidade”.

Para Diogenes Gasparini, a não-elaboração do plano diretor, fora das hipóteses previstas no Estatuto como atos de improbidade, representa crime de responsabilidade praticado pelo prefeito e pelos vereadores, na medida em que representa negativa à execução de lei federal, conforme previsão do art. 1º, XIV, do Decreto-lei federal n. 201/67.³⁰³

Ousa-se, contudo, discordar da opinião do autor, na medida em que o Decreto-lei federal n. 201/67, denominado pela doutrina como diploma legal definidor dos “crimes de responsabilidade” de prefeitos e vereadores, que são infrações político-administrativas praticadas por agentes políticos, também define crimes sujeitos a sanções penais. O art. 1º mencionado por Diogenes Gasparini não cuida de infrações político-administrativas, mas sim de crimes praticados pelos agentes políticos. De forma que, se o prefeito não apresentar o projeto de lei do plano diretor exigido conforme os incisos III a V do art. 41 do Estatuto da Cidade, responderia por crime; enquanto nas hipóteses dos incisos I e II do mesmo artigo, destacadas pelo Estatuto da Cidade, responderia por improbidade administrativa.

³⁰³ GASPARINI, Diogenes. Aspectos jurídicos do plano diretor, p. 2.

Trata-se de interpretação desproporcional que não se sustenta perante o ordenamento jurídico brasileiro. Se o legislador destacou determinadas condutas como passíveis de serem qualificadas como atos de improbidade, é porque lhes conferiu maior proteção jurídica em relação a outras. Assim é que, se a maior proteção jurídica será dada pela Lei de Improbidade, as demais condutas, não eleitas pelo legislador, não poderão ser qualificadas como crime.

Ainda que se diga que na prática as sanções da Lei de Improbidade muitas vezes se revelam mais graves do que as sanções penais, o fato é que, perante o ordenamento jurídico, o direito penal continua sendo a *ultima ratio*.

O art. 85, V, da Constituição Federal prevê como “crime de responsabilidade”, que nada mais é do que infração político-administrativa praticado pelo Presidente da República, os atos que atentem contra a probidade na administração, o qual foi repetido na Lei n. 1.079/50, no inciso V do art. 4º. Todavia, como há um diploma específico para “crimes de responsabilidade” de prefeitos e vereadores, o Decreto-lei n. 201/67, ele é que servirá de parâmetro para investigação da hipótese de infrações político-administrativas decorrentes de violação da probidade na esfera municipal.

Poder-se-ia cogitar, assim, de hipóteses de infrações político-administrativas previstas no art. 4º do Decreto-lei n. 201/67, cujo julgamento é político e não jurídico, vez que o prefeito será julgado pela Câmara dos Vereadores, e não pelo Poder Judiciário. A não-elaboração do plano diretor, fora das hipóteses previstas no Estatuto da Cidade como ato de improbidade, poderia configurar as hipóteses do art. 4º, VII e VIII, que assim prescrevem:

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

[...]

VII – Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;

VIII – Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;

Trata-se de hipóteses genéricas, que abarcariam uma infinidade de condutas do agente político, porém aplicam-se aos casos em que o Estatuto da Cidade não considerou aplicável a Lei de Improbidade.

Além da cassação do mandato por infração político-administrativa, outra conseqüência jurídica que se vislumbra para os agentes públicos envolvidos, quando o elemento subjetivo da omissão identificar-se com o descaso ou indiferença com relação ao interesse público, que decorre da lesão à moralidade administrativa, é a sujeição do agente à ação popular, a fim de se declarar a invalidade do ato imoral e a condenação dos responsáveis pelo pagamento de perdas e danos, quando configurados, conforme previsão do art. 11 da Lei n. 4.717/65.

Com efeito, como não há que se falar em improbidade administrativa, pois o legislador não a considerou para tais hipóteses, caso se verifique a presença de elemento subjetivo que demonstre a intenção violadora das exigências legais, a hipótese será de ofensa ao princípio da moralidade administrativa, gênero que abriga improbidade administrativa enquanto espécie.

Admite-se, outrossim, a responsabilização administrativa para os agentes públicos, não agentes políticos, desde que tenham por dever cooperar com os agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo na elaboração e na revisão do plano diretor, o que ocorre durante a atividade de planejar no desenvolvimento dos estudos técnicos. A responsabilidade administrativa dos agentes públicos configura-se, por previsão, em estatuto próprio de servidores municipais, de infrações administrativas e da cominação de sanção a essas infrações, dentre as quais a de grau máximo revela-se o desligamento unilateral do cargo, do emprego ou da função (demissão ou destituição), ao extinguir o vínculo funcional.³⁰⁴

Além de não se descartar a responsabilização por perdas e danos a ser requerida na ação popular, caso decorra dano injustificável do descumprimento dos deveres, que guarde nexos de causalidade com a conduta, comissiva ou omissiva, do agente público, aqui abarcado o agente político, também não se descarta a responsabilização civil, que poderá ser pleiteada

³⁰⁴ OLIVEIRA, José Roberto. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 126.

pelo cidadão prejudicado em ação direta em face do agente ou ação em face do Estado, o qual alcançará o agente pela via regressiva.

Ainda que configuradas todas as espécies de responsabilização já mencionadas, se não houve, efetivamente, a apresentação do projeto de lei do plano diretor ou de sua revisão, seja diante das hipóteses que o Estatuto da Cidade previu a responsabilização por improbidade administrativa seja nas demais hipóteses, não se altera a situação do município e seus habitantes, que permanecem sem um diploma de ordenação urbanística. Assim, repita-se, para que o interesse da comunidade local seja respeitado e atendido na omissão do prefeito, admite-se a apresentação do projeto de lei do plano diretor, ou de sua revisão, pela Câmara dos Vereadores.

Nos casos em que o prefeito deixa de apresentar o projeto de lei do plano diretor ou quando não promove sua revisão no prazo legal ou, ainda, quando os vereadores, em desprezo ao interesse público local, deixam de apreciar a proposta enviada em prazo razoável ou de apresentar o projeto de lei do plano diretor, ainda que configurada a improbidade administrativa, nos termos propostos anteriormente, a omissão legislativa permanecerá, em prejuízo dos habitantes do município.

Para cessar a omissão legislativa, o mecanismo indicado no direito positivo é a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. A não-apresentação do projeto de lei do plano diretor representa uma omissão legislativa, a qual, se observada com base na Constituição estadual, uma vez que se trata de lei municipal, pode ensejar a argüição de inconstitucionalidade por omissão perante o Tribunal de Justiça do Estado, desde que haja previsão na Constituição estadual acerca da obrigatoriedade da elaboração do plano diretor. No Estado de São Paulo, a Constituição previu, em seu art. 181, § 1º, que o plano diretor é obrigatório para todos os municípios. Assim, é possível aos legitimados arrolados no art. 90 da Constituição paulista que proponham ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que seguirá o procedimento previsto no referido artigo, com destaque para o § 4º.³⁰⁵

³⁰⁵ Art. 90, § 4º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para a adoção das providências necessárias à prática do ato que lhe compete ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para a sua ação em trinta dias, sob pena de responsabilidade”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem lugar quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribui. As hipóteses de cabimento desta espécie de ação de constitucionalidade não decorrem de qualquer omissão do Poder Público, mas da omissão com relação a normas de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e normas programáticas.³⁰⁶

Pode-se considerar que o art. 181, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo é norma de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo, já que torna obrigatório o plano diretor a todos os municípios. Ademais, o art. 182, § 1º, da Constituição Federal determina que o plano diretor será aprovado pela Câmara Municipal. Resta configurado, portanto, o dever do Poder Público municipal de aprovar a lei do plano diretor para ordenação do território de seu município, hipótese de cabimento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A Constituição paulista chegou a prever a responsabilidade do agente caso não haja a edição da lei ou do ato normativo após a comunicação da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade por omissão ao Poder ou ao órgão administrativo competente. Todavia, discute-se se tal previsão direciona-se ao Poder ou apenas ao órgão administrativo, de acordo com a redação do artigo e uma vez que a previsão da Constituição Federal sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão,³⁰⁷ apenas trata da ciência ao Poder acerca da omissão, de modo que a Constituição estadual estaria extrapolando a previsão da Constituição Federal.

³⁰⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p. 767.

³⁰⁷ Art. 103, § 2º: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

5.3 Conseqüências do descumprimento do dever jurídico de execução do plano

5.3.1 Ato ilegal

O objetivo da presente seção é tratar das conseqüências do descumprimento do dever jurídico relacionado à execução do plano, as quais também se aplicam, como já afirmado, às outras fases do processo de planejamento, caso haja o descumprimento dos deveres de elaboração e revisão do plano, porém, por opção metodológica, o estudo foi direcionado dessa forma.

Se o dever de execução do plano foi descumprido, ou seja, se a execução do plano deu-se de forma contrária à lei, para a recomposição da ordem jurídica impõe-se a invalidação do ato praticado de forma ilegal, que pode levar à sua retirada do ordenamento jurídico com a expedição ou não de novo ato, a depender do que contiver o dispositivo que foi violado e das circunstâncias do caso concreto.

Os atos que representem o descumprimento de um dever jurídico que ensejem referidas conseqüências serão aqui denominados atos ilegais. A sanção decorrente do descumprimento da ordem jurídica será a retirada do ato viciado, com a posterior edição de outro sem vícios de legalidade, o que será suficiente para a recomposição da ordem jurídica. Isso ocorre pois não se tratam de atos ilícitos, que demandam, para a recomposição da ordem jurídica, a aplicação de sanção ao sujeito que os praticou.

As sanções direcionadas aos atos ilegais são de cunho objetivo, já que incidem em face do próprio ato praticado, ao contrário das sanções previstas para a prática de atos ilícitos, que assumem cunho subjetivo por serem dirigidas aos sujeitos que praticaram ou concorreram para a prática do ato viciado. Assim, ainda que ambos, atos ilegais e ilícitos, sejam contrários ao direito, as conseqüências jurídicas a que se submetem são diversas.

Por apresentarem natureza jurídica diversa, prefere-se, aqui, denominar as conseqüências dos atos ilegais de sanções e sentido amplo, as

quais se diferem das sanções em sentido estrito, destinadas aos sujeitos que descumprem deveres jurídicos.

Daniel Ferreira atribui natureza diferenciada aos dois tipos de sanções citados e denomina antinormativa a conduta humana contrária a uma prescrição normativa, o que ensejará, como implicação lógico-jurídica, a imposição de medidas restauradoras da ordem jurídica violada. Essas medidas são por ele denominadas “sanções-coação”, pois não visam atingir o infrator, mas apenas recompor o *status quo*. As normas jurídicas em questão, se descumpridas, não atrelam a aplicação de uma sanção em sentido estrito, denominada pelo autor “sanção-sanção”. Assim, o autor diferencia condutas antinormativas de condutas ilícitas, estas últimas a ensejar a aplicação de sanções em sentido estrito.³⁰⁸

As condutas antinormativas citadas pelo autor serão aqui tratadas como ilegais, a ensejarem como consequência medidas jurídicas para sua invalidação, que se identificam como sanção em sentido amplo.

5.3.2 Mecanismos de recomposição da ordem jurídica

Cumprido destacar, antes de mais nada, que a ilegalidade aqui referida é aquela que representa ofensa ao princípio da legalidade em sentido amplo, praticada em face de quaisquer dos instrumentos normativos que compõem o sistema jurídico, e não apenas em face da lei em sentido estrito. A ilegalidade também compreende quer sua forma simples, que corresponde à ofensa à lei, quer sua forma qualificada, que corresponde à ilegalidade perpetrada em face do princípio da moralidade ou da probidade administrativa.

A recomposição da ordem jurídica, diante da prática de atos ilegais, pode levar à retirada desses atos do mundo jurídico, com posterior edição de novo ato, eventualmente, a depender do disposto no texto legal violado das circunstâncias do caso concreto. Ressalte-se, contudo, que a retirada do ato contará com mecanismos diversos para a sua realização, a depender do momento em que se verificar a ilegalidade no processo de planejamento.

³⁰⁸ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa*, p. 84-90.

Assim, se o vício estiver no texto da lei que aprovou o plano, cuja execução ainda não foi promovida, não haverá que se falar em ilegalidade, mas sim em inconstitucionalidade, já que a lei deve ter por fundamento de validade norma que lhe é hierarquicamente superior, no caso, a lei orgânica do município, que lhe prescreve o processo legislativo para a sua edição, além da Constituição estadual e, em especial, da Constituição Federal, fundamento último de validade de todo o sistema jurídico. Dessa forma, os mecanismos para recomposição da ordem jurídica, a fim de se retirar a lei inconstitucional do sistema jurídico, serão aqueles utilizados para o controle da constitucionalidade das leis.

Como exemplo de controle de constitucionalidade frente ao descumprimento do dever jurídico de elaboração do plano diretor e da realização do planejamento, é possível citar a ação direta de inconstitucionalidade que declarou inconstitucional a Lei Complementar n. 81/2007, do Município de São Sebastião, no Estado de São Paulo, que dispunha sobre zonas de especial interesse social (ZEIS) do município. Referida lei foi aprovada sem a realização de planejamento e estudos técnicos prévios, bem como sem garantir a necessária participação popular, e, por fim, permitia que o Poder Executivo, por decreto, identificasse e descrevesse as zonas de especial interesse social, com possibilidade de estabelecer plano de urbanização para cada uma das zonas, o que representou afronta ao princípio da legalidade.³⁰⁹

Cabe ressaltar que o Município de São Sebastião é estação balneária de grande extensão, que conta com cerca de trinta praias, composta

³⁰⁹ “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 81, de 5 de março de 2007 do Município de São Sebastião. Normas de ordem pública e interesse social reguladoras do uso e ocupação do solo urbano em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, assim como do equilíbrio ambiental. Zonas de Especial Interesse Social – ZEIS. Ausência de prévios estudos técnicos detalhados, planejamento e consulta à população diretamente interessada. Lei de zoneamento corretamente impugnada por dispor de matéria exclusiva de Plano Diretor. Não atendimento às exigências contidas na Lei Federal n. 10.257/2001, art. 50. Violação aos arts. 5º, *caput* e § 1º, 111, 144, 152, I, II e III, 180, I, II, III e IV, 181, 191, 196 e 297, todos da Constituição Estadual. Ação julgada procedente” (ADIn n. 147.807-0/6/São Sebastião, rel. Des. Roberto Vallim Bellocchi, j. 11.03.2009). No mesmo sentido: Inconstitucionalidade: “Ação direta. Lei n. 1.542, de 25 de março de 2002. Descaracterização de zona rural em urbana. Ausência de Plano Diretor e não participação da sociedade quando da elaboração da lei. Área de proteção ambiental. Ofensa aos arts. 5º, 23, 111, 144, 152, I, II e III, 180, II e V, 181, 191 e 196 da Constituição Estadual. Ação procedente. Inconstitucionalidade declarada” (ADIn n. 146.526-0/6/Jarinu, rel. Des. Barbosa Pereira, j. 19.09.2007). Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 20 dez. 2009.

pelo Parque Estadual da Serra do Mar, pelas reservas indígenas e pela zona urbana, além de possuir um terminal marítimo de extrema importância para a segurança nacional. Ademais, atualmente, as áreas do município têm despertado interesse imobiliário de investidores estrangeiros.

O conteúdo da legislação possuía natureza jurídica de plano diretor, o qual não fora editado pelo município, em desobediência ao art. 50 da Lei n. 10.257/2001. O Município de São Sebastião havia apresentado projeto de lei do plano diretor à Câmara Municipal, contudo, a votação foi suspensa por decisão proferida na ação civil pública cautelar ajuizada pelo Ministério Público, pois no procedimento não fora assegurada a participação popular, além de a proposta do plano não possuir o conteúdo mínimo exigido pelo Estatuto da Cidade.

Diante da suspensão da votação, o prefeito apresentou o projeto da então aprovada Lei Complementar n. 81/2007, que nada mais era do que parte do projeto do plano diretor cuja votação estava suspensa.

Assim, pode-se dizer que a Municipalidade de São Sebastião descumpriu três deveres decorrentes do planejamento, por intermédio de condutas comissivas e omissivas que se identificam em: 1) elaboração de plano diretor sem garantir a participação popular e sem o conteúdo mínimo exigido pela legislação; 2) elaboração de lei de zoneamento com conteúdo de plano diretor; 3) não-realização de planejamento e estudos prévios para edição da Lei Complementar n. 81/2007.

Como se observa, o planejamento prévio, com posterior edição do plano diretor, é imprescindível para que a ordenação do território do município ocorra de acordo com as exigências da realidade local. A sua não-realização, portanto, implica nulidade dos atos praticado, já que esses atos não possuem fundamento jurídico suficiente para embasar o conteúdo que prevêm. Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Victor Carvalho Pinto:

A sanção³¹⁰ pelo descumprimento do princípio da reserva de plano é a nulidade do ato ou lei que tenha veiculado a medida. Com isso garante-se que nenhuma obra ou limitação ao direito de propriedade

³¹⁰ Ressalte-se que o autor utiliza o termo “sanção” para identificar a nulidade de lei ou ato praticado sem observância das diretrizes do plano e segue, portanto, o posicionamento de parte da doutrina, do qual não se compartilha, por entender que as sanções são reservadas aos atos ilícitos e dirigidas aos sujeitos que os praticaram.

possa ser realizada sem um planejamento urbanístico prévio, cujo produto final é o plano diretor.³¹¹

O § 5º do art. 40 do Estatuto da Cidade, objeto de veto presidencial, previa a nulidade da lei que instituísse o plano diretor sem a observância das disposições do § 4º do mesmo artigo.³¹² Nas razões do veto, Mensagem n. 730, de 10 de julho de 2001, foi declinado que o dispositivo violaria o princípio federativo, na medida em que atentaria contra a autonomia legislativa municipal. A União não teria competência para dispor sobre o processo legislativo municipal, matéria que se submete às disposições da Constituição Federal e da Constituição do Estado-membro a que pertence o município, nos termos do art. 29, *caput*, da Constituição Federal.³¹³

De fato, caso a União dispusesse sobre a nulidade de lei municipal, estaria, de certo modo, legislando sobre o processo legislativo para elaboração de tais leis. Todavia, entende-se que ainda que a União pudesse dispor sobre a matéria, pelo fato de a nulidade configurar-se em inconstitucionalidade, não haveria necessidade de previsão expressa em texto normativo, dada a lógica do sistema jurídico em que impera o princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual as normas infraconstitucionais em desacordo com ela serão declaradas inconstitucionais e retiradas do sistema.

Assim, o controle de constitucionalidade, seja pela via concentrada ou difusa, deverá ser utilizado todas as vezes que leis, como no caso do Município de São Sebastião, forem editadas em afronta às prescrições da Constituição Federal.

Pretende-se, contudo, tratar das conseqüências jurídicas que o sistema jurídico estabelece para o ato administrativo produzido em

³¹¹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*, p. 221.

³¹² “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.”

³¹³ “Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e aos seguintes preceitos:”

desconformidade com a lei, já que ele é o instrumento jurídico utilizado para a execução do planejamento urbano.

5.3.2.1 *Controle de legalidade dos atos administrativos*

A presente seção traz um panorama geral das conseqüências que o sistema jurídico prevê para os atos administrativos – realizados pelo Executivo, por intermédio da função administrativa, para execução das diretrizes do plano –, produzidos em desacordo com a lei.

De acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello “padece de vício o ato administrativo cujo conteúdo não preenche os requisitos de que devia estar informado ou em cuja formação não foram observados os requisitos prescritos para sua validade”.³¹⁴

Segundo o autor, todo ato administrativo possui a presunção de validade, todavia se comprovada a existência de vícios, o ato tornar-se-á ilegítimo. A ilegitimidade, por sua vez, poderá ser absoluta ou relativa e gera, assim, a nulidade ou anulabilidade, respectivamente.³¹⁵ Para o autor, a divisão entre atos nulos e anuláveis, antes de pertencer à seara do direito civil, como aduz parte da doutrina, pertence à teoria geral do Direito e, por tal razão, serve como solução tanto para o direito civil como para o direito administrativo, desde que respeitadas as peculiaridades próprias dos dois ramos. Entretanto, na ausência de tratamento da matéria no âmbito do direito administrativo, aplicam-se as disposições Código Civil que tratam de nulidade e anulabilidade.³¹⁶

Entende-se que é possível utilizar a classificação dos atos inválidos em nulos e anuláveis, pois ao que interessa ao regime jurídico-administrativo, a classificação é serviente para tratar da noção de invalidação e convalidação, como também aponta o autor.³¹⁷

Seabra Fagundes, por seu turno, entende que as normas civilistas, ainda que de forma geral, não se aplicam aos atos administrativos.³¹⁸ Do

³¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 651-2.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 652.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 655.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 653.

³¹⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 57.

mesmo modo é o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem a classificação dos atos viciados em nulos e anuláveis expressa uma técnica de eliminação do ato que não encontra correspondência no direito administrativo, e que a melhor classificação se faz em atos convalidáveis e não-convalidáveis.³¹⁹

Com base novamente no pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tem-se que a invalidade é a consequência da violação de uma norma jurídica e pressupõe a prática de ato administrativo contrário à lei, em virtude de fatos ocorridos à época de sua emanção, o que acaba por atingir também os efeitos desse ato. A invalidade, contudo, não se confunde com a ineficácia, segundo a qual o ato administrativo válido ainda não realizou seus efeitos jurídicos em decorrência da circunstância externa ainda não verificada.³²⁰

Já Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza o termo de maneira diferente, ao pregar que “a invalidade é o pressuposto jurídico da invalidação”.³²¹ Para o autor, é necessário distinguir duas realidades: a circunstância de algo ser inválido, ou seja, produzido em desacordo com a lei; e o fato de um órgão habilitado pelo Direito, ao reconhecer a invalidade, atribuir as consequências jurídicas que o Direito prevê para tal circunstância. A partir daí é que surgem os efeitos jurídicos da invalidação. Assim, até que sobrevenha a invalidação, a ser declarada tanto pelo Poder Judiciário como pela Administração, o ato eficaz continua a produzir efeitos jurídicos.³²²

Com base na dicotomia apresentada entre atos nulos e anuláveis, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conceitua-os da seguinte forma:

O *ato nulo* é aquele inquinado de defeito grave que o impede de atingir o efeito jurídico almejado. É o ato em que falta elemento essencial para sua razão de ser, na sua estrutura jurídica, pois viola disposição legal de ordem pública ou dos bons costumes, em geral, que a preceituam para qualquer ato jurídico. Já o *ato anulável* é aquele em que falta elemento accidental, pois se prende ao interesse das partes que participam do ato, e instituído para protegê-las, tendo em vista a manifestação das vontades.

Os atos nulos são considerados como jamais formados. São juridicamente inexistentes. A nulidade ocorre de pleno direito, e, portanto, ninguém é obrigado a obedecê-lo, ante seu caráter de

³¹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*, p. 99 e 105.

³²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 652.

³²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 472.

³²² No mesmo sentido é a doutrina de Antônio Carlos Cintra do Amaral (*Teoria do ato administrativo*, p. 105).

invalidade absoluta. O pronunciamento do vício é meramente declaratório.

Os atos anuláveis são considerados plenamente constituídos enquanto não decretado o vício de que padecem, pois seu defeito é de menor gravidade, de simples irregularidade na sua feitura.³²³

Algumas ressalvas, contudo, devem ser feitas com relação à sistematização feita pelo autor, em virtude dos avanços observados na doutrina. A primeira ressalva é feita quanto ao entendimento de que, para o direito administrativo, os atos nulos equivalem a atos inexistentes, uma vez que lhes atribuem os mesmos efeitos jurídicos.^{324,325} Sobre o tema, entende-se acertada a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem são atos inválidos os atos inexistentes, nulos e anuláveis. Para o autor, os atos inexistentes:

Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.³²⁶

A segunda ressalva, a qual representa outro avanço doutrinário encontrado nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que alterou o entendimento anteriormente firmado, faz-se com relação à eliminação dos efeitos dos atos inválidos. Segundo o autor, tanto os atos nulos como os anuláveis terão conseqüências retroativas se forem restritivos de direitos; já se os atos viciados forem ampliativos de direito, a eliminação produzirá efeito *ex nunc*, salvo se for demonstrada a má-fé do beneficiário do ato ilegal.³²⁷ Assim, se do ato viciado forem produzidos efeitos em favor de terceiro de boa-fé ou, ainda, em virtude da vedação do enriquecimento sem causa, é possível que os efeitos da eliminação do ato não retroajam. Sobre o tema, vale citar as palavras de Seabra Fagundes:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto,

³²³ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 653.

³²⁴ *Ibid.*, p. 667.

³²⁵ No mesmo sentido é o pensamento de Miguel Seabra Fagundes (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 65).

³²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 462.

³²⁷ *Ibid.*, p. 476-7.

pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.³²⁸

Desse modo, para o estudo dos vícios do ato administrativo, é preciso ter em mente que as circunstâncias do caso concreto podem fazer que outros interesses, os quais devem encontrar correspondência com o interesse público prestigiado pelo ordenamento jurídico, prevaleçam e façam o ato administrativo permanecer na ordem jurídica, para estabilizar as relações jurídicas por ele produzidas, ou, ainda, sua retirada só produzir efeitos desde então e não a partir da edição do ato viciado. A interpretação do Direito deve ser feita de forma sistemática para considerar o princípio da legalidade em sentido amplo, de forma que a aplicação de princípios como a boa-fé e segurança jurídica deve prevalecer sobre ilegalidades pontuais, que traduzem a contrariedade do princípio da legalidade em sentido estrito. Nesse aspecto, vale transcrever outra passagem da obra de Seabra Fagundes:

Tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre os interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele.³²⁹

É mister destacar, por outro lado, a menção feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que futuramente foi lapidada pela doutrina, de que os atos administrativos podem padecer de vícios insanáveis, em virtude dos quais não se admite a convalidação do ato, e de vícios sanáveis, que tornam o ato passível de convalidação.³³⁰

A convalidação e a invalidação do ato administrativo foram tratadas por Weida Zancaner, que iniciou seu estudo com a afirmação de que tanto a convalidação como a invalidação do ato viciado são deveres que, diante do ordenamento jurídico e das circunstâncias fáticas, são impostos ao administrador, e não faculdade, ao contrário do que dispõe o art. 55 da Lei n. 9.784/99, Lei de Processo Administrativo Federal. A autora afasta a faculdade por não haver, no agir da Administração, discricção para decidir sobre as providências a serem tomadas diante de um ato viciado. Sustenta, contudo,

³²⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 53.

³²⁹ *Ibid.*, p. 66.

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 656.

uma exceção em que é possível o exercício de competência discricionária para convalidar ou invalidar o ato, qual seja, a hipótese de atos discricionários exarados com vício de competência.³³¹

Assim, a ordem jurídica será restaurada tanto pela extinção do ato viciado, hipótese de invalidação, como pela correção de seu vício, hipótese de convalidação, que “é o ato exarado pela Administração Pública que se refere expressamente ao ato a convalidar, para suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzidos”.³³²

Ainda segundo a autora, a Administração deverá invalidar o ato quando não comportar convalidação e, por conseguinte, deverá convalidar sempre que o ato comportá-la.³³³ Desse modo, se estiverem presentes pressupostos para a convalidação, ela deverá ser promovida, por resguardar além do princípio da legalidade o da segurança jurídica, uma vez que confere estabilidade às relações constituídas.³³⁴

Há, contudo, barreiras à convalidação e à invalidação. A Administração não poderá convalidar os atos viciados se houver impugnação do interessado. Outra barreira para a convalidação é o decurso do tempo, que poderá gerar a estabilidade do ato e de seus efeitos, ao sanar o vício. Quanto à invalidação, existem barreiras apenas no tocante aos atos ampliativos de direito, relacionadas aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, que tornam as relações jurídicas derivadas do ato merecedoras de proteção.³³⁵

Declinadas as barreiras à convalidação e à invalidação, a autora arrola os vícios que tornam o ato convalidável: a) de competência; b) de formalidade; c) de procedimento: c.1) falta de algum ato da Administração cuja realização posterior não lhe prejudique a finalidade e c.2) falta de um ato do particular desde que o pratique com a expressa intenção de fazê-lo retroagir;³³⁶ bem como os vícios que impõem a invalidação do ato: a) de motivo; b) de conteúdo; c) de procedimento, quando a falta ou irregularidade desvirtuar a finalidade própria do procedimento; d) de causa; e) de finalidade.³³⁷

³³¹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 56 e 68.

³³² *Ibid.*, p. 65.

³³³ *Ibid.*, p. 66.

³³⁴ *Ibid.*, p. 67.

³³⁵ *Ibid.*, p. 72-76.

³³⁶ *Ibid.*, p. 85-6.

³³⁷ *Ibid.*, p. 92.

Por fim, a autora cria uma classificação dos atos inválidos com base nas conseqüências jurídicas que o ordenamento lhes impõe:

Os *atos absolutamente sanáveis* são aqueles que, apesar de produzidos em desacordo com o Direito, este, pela irrelevância do defeito, os recebe como se fossem regulares. Seu reverso, os *absolutamente insanáveis*, são aqueles que o ordenamento jurídico repele com radicalismo total, pois nem o tempo, nem a boa-fé, nem ato algum lhes poderão conferir estabilização, em razão da gravidade do vício.

Os *atos relativamente sanáveis* são aqueles que devem ser convalidados pela Administração Pública ou sanados por ato do particular interessado. O tempo, contudo, estabiliza-os em cinco anos, ainda que não hajam sido convalidados ou saneados. Os *relativamente insanáveis* são os que não podem ser convalidados nem sanados por ato do particular afetado. Entretanto, podem ser estabilizados *longi temporis*, se houver boa-fé do beneficiado e norma ou princípio que lhes serviria de apoio se houvessem sido regularmente expedidos.³³⁸

A classificação apresentada corresponde à adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello para os atos irregulares, inexistentes, anuláveis e nulos, respectivamente.

Sobre o tema, outro aspecto que merece destaque é a contribuição de Michel Stassinopoulos que distingue a extinção dos atos da extinção de seus efeitos. O primeiro ocorrerá quando houver esgotamento do conteúdo do ato; desaparecimento de seu objeto; advento de condição resolutiva; desuso do ato; e retirada sem efeito retroativo, com a derrubada do ato pela edição de outro, hipótese de extinção que no Direito brasileiro denomina-se decaimento ou caducidade. Já o segundo terá lugar diante da anulação pela via jurisdicional e da retirada com efeitos retroativos promovida pela Administração, como se o ato nunca tivesse existido.³³⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello cuida do tema ao afirmar que poderá ser objeto de invalidação somente o ato, se for ineficaz; apenas a relação jurídica originária do ato; ou, também, o ato e as relações jurídicas dele derivadas. O ato administrativo não se confunde com os efeitos por ele produzidos. Quando o objeto da invalidação é um ato ineficaz, seja abstrato ou concreto, pelo fato de ser ineficaz, os efeitos ainda não foram produzidos, assim, somente o ato será suprimido. Já quando os atos forem eficazes, haverá duas situações. A primeira refere-se ao abstrato, que é fonte contínua

³³⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 110-1.

³³⁹ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. p. 237-40.

de produção de efeitos jurídicos, caso em que a invalidação recairá sobre o ato e seus efeitos. A segunda refere-se ao concreto, que se esgota com uma única aplicação e, portanto, extingue-se, permanecendo as relações jurídicas por ele produzidas.³⁴⁰

Registra-se, contudo, o posicionamento contrário de Ricardo Marcondes Martins³⁴¹ ao tratar do objeto da correção dos vícios do ato administrativo.

Com efeito, assevera o autor que o objeto da correção do ato viciado será necessariamente o ato e, apenas eventualmente, os seus efeitos. Assim, as relações jurídicas formadas com a emanção do ato serão tolhidas apenas como conseqüência à correção do ato em si. Esclarece, ainda, que por ser norma individual, o ato administrativo, mesmo que já tenha produzido seus efeitos, permanece no mundo jurídico e, até que não seja retirado, por compor o sistema, servirá de norte para a atuação do intérprete.

Resta claro, assim, que a produção dos efeitos de um ato administrativo, que dá origem a relações jurídicas, não tem o condão, por si só, de retirá-lo do sistema jurídico. É imperiosa a necessidade de o ato de retirada recair sobre os atos administrativos e atingir as relações jurídicas que dele se originaram apenas como conseqüência.

Tanto a invalidação como a convalidação de um ato viciado podem ser promovidas pela própria Administração, no exercício da autotutela de seus atos,³⁴² pelo Tribunal de Contas, nos limites previstos nos arts. 70 e segs. da

³⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 455-6.

³⁴¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 283-8.

³⁴² “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. ANULAÇÃO DE LICENÇA PARA CONSTRUIR, EM RAZÃO DA CONSTATAÇÃO SUPERVENIENTE DE IRREGULARIDADES NA CONSTRUÇÃO. LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DE ANULAÇÃO. POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO REVER DE OFÍCIO SEUS ATOS QUANDO EIVADOS DE VÍCIO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DEVIDA DIANTE DA CONCESSÃO DA LICENÇA PELA ADMINISTRAÇÃO, SEM RESSALVA DE QUALQUER IRREGULARIDADE. DANO MORAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS. A possibilidade de a Administração Pública anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, decorre do poder de autotutela, que é corolário do princípio da legalidade, e a autoriza a rever seus atos para restaurar a situação de regularidade, independentemente de qualquer provocação. O laudo pericial não deixa dúvidas de que a construção erigida pela autora está irregular e não poderá ser regularizada por haver avançado sobre logradouro público, ao arrepio do disposto no Plano Diretor e no Código de Obras do Município. Embora seja incisivo ao declarar que a construção foi realizada em desacordo com os padrões urbanísticos do local, ressalva a responsabilidade da Edilidade na ocorrência do fato, por haver aprovado os projetos apresentados pela autora. O dano suportado pela

Constituição Federal, e também pelo Poder Judiciário. Adotam-se aqui as lições trazidas por Weida Zancaner, para quem a invalidação e a convalidação são deveres impostos à Administração, presentes certas circunstâncias e de acordo com o ordenamento jurídico. Dessa forma, o Poder Judiciário, ao realizar o controle dos atos administrativos viciados, poderá determinar a invalidação ou a convalidação desses atos.

No mesmo sentido é o pensamento de Ricardo Marcondes Martins que entende ser possível a convalidação do ato pelo Poder Judiciário, embora não entenda ser esta dever, mas sim faculdade *prima facie*:

Não se encontrou na doutrina pesquisada, porém, manifestação sobre a possibilidade de *convalidação* e *conversão judiciais*. Consoante se disse, segundo alguns (*supra*, Capítulo VIII-7) a convalidação e a conversão são sempre discricionárias, quer dizer, à Administração é permitido escolher livremente entre invalidar e convalidar ou entre invalidar e converter. Decorrência lógica desse entendimento é a impossibilidade de convalidação e conversão judiciais. Para outros (*supra*, Capítulo VIII-7), porém, a convalidação, quando possível, é vinculada, ressalvados apenas os vícios de competência discricionária. Assumido o entendimento da segunda corrente, não há como negar a possibilidade de convalidação judicial, mesmo considerando a impugnação uma *barreira à convalidação*. Se a Administração é obrigada, em virtude da competência vinculada, a convalidar o ato e, ao invés de fazê-lo, descumpra seu dever e o invalida, consequência lógica da convalidação vinculada é a possibilidade de o administrado ingressar em juízo impugnando o ato invalidante.

[...]

Nenhuma dessas posições doutrinárias, contudo, foi totalmente acatada nesta exposição. Adotaram-se, aqui, posições intermediárias: a impugnação não é uma barreira definitiva à convalidação, mas uma barreira *prima facie*, pois gera uma razão *prima facie* em favor da pretensão do impugnante (*supra*, Capítulo VIII – 6.6.2), e são possíveis tanto a escolha vinculada quanto a discricionária do meio de correção (*supra*, Capítulo VIII-7). Por desdobramento de tudo que se afirmou, é plenamente admissível a edição de todos os atos pelo Poder Judiciário e, nos casos em que for necessária alguma providência da Administração, a determinação para que esta a adote (*infra*, Capítulo X-4.1 e 4.2).³⁴³

autora com a demolição parcial há de ser ressarcido pela Municipalidade, na medida em que seu atuar fora a causa direta e imediata do prejuízo sofrido. Os cálculos elaborados pelo perito para apuração do prejuízo patrimonial suportado mostram-se bastante razoáveis, tendo se baseado, estritamente, nas dimensões da parte da obra que avançou sobre o logradouro público, cuidando o *expert* de esclarecer, pormenorizadamente, os parâmetros considerados na conta realizada. Não se extrai dos autos a alegada ofensa à dignidade da autora em razão da anulação das licenças concedidas, a justificar o pagamento de indenização por dano moral. Ademais, o próprio perito ressaltou a existência de uma concorrência de responsabilidades no caso concreto. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS” (TJRS, Ap. cível n. 2009.00142893, 9ª Câm. Cível, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. 10.11.2009). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 7 jan. 2010.

³⁴³ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, p. 402-4.

O Poder Judiciário poderá ser provocado por diversos mecanismos, dentre os quais se destacam: ação popular (Lei n. 4.717/65), que faz menção expressa a atos nulos (arts. 2º e 4º) e anuláveis (art. 3º); ação civil pública (Lei n. 7.347/85); e mandado de segurança individual e coletivo (Lei n. 12.016/2009).

5.3.2.2 *Descumprimento do dever de execução do plano por conduta comissiva da Administração*

O descumprimento do dever de execução do plano diretor é observado, em muitos casos, na elaboração de atos administrativos sem garantir a efetiva participação popular. Como já abordado, a participação popular assume relevante papel quando se trata de planejamento e gestão urbanas. Além da indubitável importância que se confere à democracia pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial com a Constituição Federal, que concede ao Estado brasileiro a qualidade de Estado Democrático de Direito, a Lei n. 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – disciplinou mecanismos de participação popular direta na tomada de decisões estatais.

Sobre o tema é mister citar Mariana Mencio, que em sua obra relata o reconhecimento da nulidade, pelo Poder Judiciário (Processo n. 053.03.016262-1, da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo), do § 3º do art. 3º do Decreto paulistano n. 43.300, de 04 de junho de 2003, por restringir a presença de pessoas jurídicas e votos por procuração durante a realização de assembléias regionais de aprovação dos planos diretores regionais da Cidade de São Paulo.³⁴⁴

O decreto citado é um ato administrativo geral e abstrato que traz em seu bojo um regulamento do Poder Executivo, e como instrumento de execução do Plano Diretor Estratégico da Cidade de São Paulo, no dispositivo que restringe a participação das associações nas assembléias regionais de política urbana, representa afronta a seu texto normativo, em especial ao art.

³⁴⁴ MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, p. 167.

260,³⁴⁵ que trata da gestão democrática do sistema de planejamento urbano e, em última análise, aos dispositivos do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal que garantem a participação popular no processo de planejamento.

Mariana Mencio, com base na doutrina de Weida Zancaner, reconhece acertada a decisão judicial que declarou a nulidade do dispositivo em comento com eficácia *ex tunc*, por se tratar de espécie de ato viciado que se classifica como relativamente insanável, por não permitir a convalidação em virtude de vício de procedimento.³⁴⁶

Todavia, com base na situação real levantada e com fulcro na doutrina de Weida Zancaner e Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível cogitar de invalidação opere efeitos *ex nunc* quando o ato viciado gerar efeitos jurídicos ampliativos de direito a cidadãos de boa-fé.

Com efeito, cogita-se da situação de empreendimento realizado em zona de especial interesse social (ZEIS) da cidade que beneficiou milhares de famílias com a construção de moradia popular. Tal empreendimento, entretanto, por ainda vigor o § 3º do art. 3º do Decreto n. 43.300/2003, não assegurou, nas assembleias regionais de política urbana, a participação das associações, conforme ilegalidade já apontada.

Não se discute a invalidade do decreto que, nesse caso, contudo, gerou efeitos jurídicos a terceiros de boa-fé. Assim, com base no que fora afirmado a respeito da teoria da invalidação dos atos administrativos, a invalidação deve produzir efeitos a partir de sua decretação, ou seja, *ex nunc*, de forma que respeite os direitos adquiridos pelos proprietários das moradias populares, uma vez que o empreendimento, ainda que realizado com vício, cuida-se de processo que culminou na ampliação de direitos de terceiros.

É necessário lembrar as palavras de Seabra Fagundes e verificar, no caso concreto, os interesses públicos que estão presentes, os quais, ainda que não correspondam ao interesse público da norma violada, estão garantidos

³⁴⁵ “Art. 260. A elaboração, a revisão, o aperfeiçoamento, a implementação e o acompanhamento do Plano Diretor Estratégico e de planos, programas e projetos setoriais, regionais, locais e específicos serão efetuados mediante processo de planejamento, implementação e controle, de caráter permanente, descentralizado e participativo, como parte do modo de gestão democrática da Cidade para a concretização das suas funções sociais.”

³⁴⁶ MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*, p. 163.

de alguma forma pelo ordenamento jurídico e, portanto, devem ser preservados quando for promovida a invalidação.

O Poder Público municipal também descumpre seu dever de execução do plano diretor ao conceder licenças urbanísticas em desacordo com o plano. No exercício do poder de polícia, ante um requerimento para construção, o administrador municipal deve verificar se o projeto apresentado pelo cidadão cumpre as exigências da legislação urbanística local. Ao conceder licença para construir, quando na realidade a licença deveria ser indeferida, o município descumpre o plano diretor e, portanto, a licença concedida deve ser declarada inválida. À tal invalidação, do mesmo modo que o exemplo já citado, poderá ou não ser atribuído efeitos retroativos à data da concessão da licença.³⁴⁷

³⁴⁷ “Civil e processual civil. Ação de nunciação de obra nova. Edificação que não observa afastamento lateral mínimo, prejudicando ventilação e luz do imóvel vizinho. Embargo liminar revogado no curso do feito. Reconvenção em que se pede indenização pelos valores pagos ao empreiteiro e lucros cessantes. Perícia que conclui pela ilegalidade da obra. Sentença de improcedência da ação principal e da reconvenção. Apelo da autora. Violação da legislação urbanística municipal, que impunha afastamento lateral mínimo de três metros. Fato constatado em perícia, e incontroverso. Construção encostada no muro da autora. Violação que se estende também aos direitos de vizinhança, tutelados pelo Código Civil (arts. 1.277 e 1.299, CC/02), e subsidiariamente pela lei municipal. Limitação ao direito de construir fundada nos arts. 30, I, e 182, §§ 1º e 2º, da Constituição, no art. 18 da Lei Complementar n. 005/98 do Município de Itatiaia, e em seu Anexo II, que disciplinou o uso e ocupação do solo urbano nos eixos de interesse turístico e paisagístico de penedo. Ausência de espaço de discricionariedade do administrador local para licenciar obra que não respeita o plano diretor. Frontal violação à lei. Nulidade dos alvarás. Pretensão com duplo fundamento, urbanístico e civil, este de direito à ventilação e luz. Obra licenciada pelo município. Nova fundamentação jurídica trazida em réplica que não importa em inovação na causa de pedir. Ponderação sentencial em favor de alegados benefícios à economia local em razão da obra que não se podem acolher, porque não demonstrados, e inverossímeis, pois, mesmo depois de acabada, a mesma se mostra acanhada, de mau padrão, incompatível com os alegados propósitos de instalação de empreendimento hoteleiro. Circunstância que, no entanto, faz prejudicado o pedido principal, que era de embargo, levando a que se aprecie aquele formulado em cumulação eventual, de demolição, e que se o proveja. Ilegalidade patente e insanável. Apelo provido, *in totum*, para julgar procedente o pedido (art. 936, I, CPC), e determinar a demolição das benfeitorias edificadas pelo réu, no prazo de 90 (noventa) dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e às suas expensas” (TJRJ, Ap. cível n. 09902/08 3ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, j. 07.07.2009). Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2010.

5.3.2.3 Descumprimento do dever de execução do plano por conduta omissiva da Administração

Caso os atos administrativos necessários à execução do plano não sejam realizados, ou seja, quando há uma omissão estatal, o controle terá por finalidade compelir o Estado, por intermédio de seus agentes, à realização do plano.

Pode ocorrer que a omissão estatal em tais casos, em especial no que se refere à execução do plano, provoque sacrifício ao direito de propriedade do particular.

O planejamento traz consigo limitações administrativas à propriedade necessárias à execução do plano urbano ao final. Assim, todo o processo de planejamento, e as disposições nele contidas, está vinculado à realização de um plano urbano que atenda a determinado interesse público decorrente do ordenamento jurídico.

O interesse público específico descrito no plano de urbanização é que justifica a existência das limitações à propriedade, em virtude das quais não cabe ao particular direito à indenização, pois decorrem da supremacia geral do Estado. Dessa forma, a fim de viabilizar a execução de um plano de urbanização, o Estado estabelece limitações administrativas gerais ao uso e ao gozo da propriedade, em especial com relação ao direito de construir.

A hipótese a ser tratada refere-se à situação em que o Estado impõe aos cidadãos as limitações administrativas para viabilizar a execução do plano e posteriormente não o executa, diante do que se questiona a existência de fundamento jurídico para as limitações e se é devida indenização ao cidadão.

O sacrifício de direito, em tais hipóteses, surge como consequência da intervenção estatal voltada diretamente ao direito de propriedade do administrado, de forma que aniquile ou diminua consideravelmente seu valor ou destinação inicial. É o que ocorre quando o Poder Público impõe ao particular limitações ao direito de propriedade a fim de assegurar a execução do plano de urbanização, todavia, passam-se anos e o plano não é executado, e o cidadão tem seu direito de propriedade tolhido em virtude, por exemplo, da exigência de recuo maior para a ampliação de uma avenida que não ocorreu.

Tais casos de sacrifício de direitos caracterizam os institutos da desapropriação e da servidão, seja o sacrifício total ou parcial, e são passíveis de indenização.³⁴⁸

Segundo Luis Manuel Fonseca Pires, o sacrifício existente, merecedor de indenização, surge como conseqüência reflexa de uma outra atividade desenvolvida pela Administração, praticada de forma lícita ou ilícita.³⁴⁹ Ainda segundo o autor, a hipótese descrita, de inicial limitação administrativa que se agrava, atingindo parcela maior da esfera jurídica do cidadão, representa sacrifício e não-violação de direito, modalidade por ele denominada de restrição:

Se a pretexto de realizar uma limitação administrativa ocorre o próprio sacrifício do direito porque, por um ato lícito (uma vez que autorizado pelo ordenamento jurídico) do Estado, atingiu-se *diretamente* algum direito (e não o valor que lhe é assegurado) do administrado, denominaremos de *restrição administrativa* para distinguir de outras espécies de sacrifício de direitos.

Distinguem-se as restrições administrativas das limitações administrativas porque as primeiras afetam o próprio direito, enquanto as segundas são o seu contorno, o próprio direito. Diferem-se as restrições administrativas das violações de direito porque não se trata de um ato ilícito o de medida autorizada pela ordem jurídica e que *indiretamente* compromete o direito do administrado (logo, não há que se falar em responsabilidade patrimonial do Estado por ato lícito que pressupõe que o gravame *indiretamente* atinja o sujeito prejudicado e provoque um dano anormal e especial).³⁵⁰

Nesse sentido encontram-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julgados que reconhecem ser necessário o pagamento de indenização ao particular, decorrente de desapropriação indireta, se o município permanecer omissivo no tocante à execução do plano, embora tenha imposto aos particulares limitações à edificação, que, em virtude do tempo transcorrido, impediram que os proprietários pudessem dar destinação a bens de sua propriedade.³⁵¹

³⁴⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 319.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 320.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 349-50.

³⁵¹ REsp n. 613.749/SP e REsp n. 275.902/SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

6 Conclusões

O surgimento do Estado de Direito, cunhado no modelo originário na Revolução Francesa, que se opunha ao Absolutismo, coincide com o surgimento do princípio da legalidade, ainda que em sentido estrito neste primeiro momento, e do direito público, como sistema composto por normas jurídicas cuja finalidade era regular a relação jurídica, que então passava a ser reconhecida, entre Estado e cidadão, este último se torna titular de direitos, os quais deveriam ser respeitados pelo Estado.

No século XX, contudo, a supremacia da lei, que outrora era símbolo de libertação, tornou-se opressora e não mais garantidora de direitos. Assim, foi necessário reconhecer os direitos fundamentais de maneira supralegal como conteúdo de uma Constituição. O princípio da legalidade, até então admitido em sentido estrito, passa a assumir contornos mais amplos, de cunho constitucional. O Estado de Direito, por sua vez, passa a ser Estado Social de Direito, no qual se exige uma postura ativa na garantia e realização dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, que correspondem ao interesse público a ser perseguido pelo Estado. A atuação planejada torna-se, portanto, indispensável à consecução das finalidades constitucionais de um Estado Social de Direito.

O interesse público é categoria fundamental para o estudo do regime jurídico-administrativo, já esse regime é o objeto dos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, norteadores da atuação administrativa. Por tal razão, o conceito de interesse público merece ser fixado, e entende-se que corresponde a um aspecto dos interesses privados o qual se observa quando os cidadãos se inserem na sociedade. A ordem jurídica, em especial a Constituição Federal, identificará o interesse público a ser alcançado pelo Estado. Assim, no que se refere ao direito urbanístico, o art. 182 estabelece como interesse público a ser alcançado a ordenação do território com vistas ao desenvolvimento das funções sociais da cidade, consistentes em habitação, trabalho, lazer e circulação.

O regime jurídico-administrativo, calcado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, disciplina, antes de mais nada, o direito administrativo, cujo objeto de estudo corresponde às normas jurídicas que disciplinam a função administrativa. Porém, como a função administrativa, enquanto categoria formal, serve à aplicação de outros ramos do Direito, como ocorre com o direito urbanístico, pode-se dizer que o regime jurídico-administrativo também é fonte normativa informadora deste ramo do Direito.

Assim, o direito urbanístico utiliza-se do regime jurídico-administrativo para a aplicação das normas jurídicas que lhe são próprias, porém também recebe o influxo de outros ramos do Direito, como o direito ambiental e, por tal razão, antes de se promover discussão acerca de sua autonomia científica ou não, é de maior utilidade verificar quais são as normas que lhe servem de base e o influenciam.

Para a formulação de um conceito de direito urbanístico, deve-se partir da Constituição Federal, mais especificamente do art. 182, que inaugura o capítulo destinado à política urbana. Com base no texto constitucional, portanto, dois aspectos devem ser analisados, que levarão a conseqüências essenciais para o conceito de direito urbanístico.

O primeiro deles é a competência do Município para tratar de política urbana. O Município, assim, enquanto ente federativo autônomo, nos termos do art. 18 da Constituição Federal, deverá estabelecer a disciplina urbanística em todo o seu território, e não apenas nas áreas consideradas urbanas, resguardada a competência da União para dispor sobre direito agrário. Assim a diferenciação entre o que é urbano e o que é rural não deve ser tomada para identificar como objeto do direito urbanístico apenas o território urbano, pelo fato das funções sociais da cidade, segundo aspecto analisado à luz da Constituição Federal, também se desenvolverem em áreas rurais. O direito urbanístico deverá estabelecer normas para todo o território do Município, ainda que seja conferido tratamento diferenciado a áreas urbanas e rurais em decorrência de suas peculiaridades.

As funções sociais da cidade, finalidade que se pretende alcançar de forma plena com a execução da política urbana, consistem em habitação,

trabalho, circulação e recreação. Assim, qualificar o espaço objeto das normas de direito urbanístico apenas como “espaço habitável” é restringir a finalidade constitucional.

Dessa forma, propõe-se o seguinte conceito de direito urbanístico: ramo do direito público que tem por objeto normas jurídicas de ordenação de todo o território de um Município, destinadas ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, consistentes em habitação, trabalho, lazer e circulação.

O planejamento urbano é uma espécie de planejamento econômico. Inicialmente, quando do seu surgimento, não assumiu contornos jurídicos pela falta de previsão legal. Todavia, com a Constituição de 1988, que destinou capítulo próprio à política urbana, inserido no título “Da Ordem Econômica”, o planejamento urbano tornou-se instituto jurídico, na medida em que o plano diretor, ato de decisão final do planejamento urbano, foi alçado como instrumento da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 182, § 1º). Porém, ao contrário do planejamento econômico, que é apenas indicativo aos particulares, o planejamento urbanístico, por estabelecer normas de ordem pública, obriga Estado e cidadãos.

Enquanto instituto jurídico, o planejamento urbano qualifica-se como processo. Por ter início perante a Administração Pública, que deverá desenvolver estudos técnicos para apresentar, como decisão final, um projeto de lei consistente num plano, a ser aprovado pelo Poder Legislativo, ao planejamento urbano aplica-se o regime jurídico que disciplina o processo administrativo. É aplicável ao planejamento urbano, desse modo, o princípio constitucional do devido processo legal, tanto em sua manifestação formal como material. O devido processo legal em seu aspecto formal impõe que se observe a lisura e a regularidade do procedimento. Já o devido processo legal em seu aspecto material, ou substantivo, impõe que o processo seja instrumento de realização dos princípios jurídicos do Estado Democrático de Direito. A participação popular, como exigência pungente no planejamento urbano, representa a vertente mais relevante do devido processo legal substantivo. Ademais, a participação popular qualifica o procedimento como

processo, já que é responsável pela formação da relação jurídica entre Estado e cidadãos.

De acordo com a Constituição Federal, o planejamento urbano realiza-se em todos os níveis federativos, de forma integrada, e compreende o planejamento nacional, regional, destacando-se a competência dos Estados para a instituição de regiões metropolitanas (art. 25, § 3º), e local. O planejamento urbano realizado pelo Município, em virtude da previsão dos arts. 30, I, e 182, é o que melhor reflete os deveres jurídicos do Estado e em contrapartida garante maior efetividade à participação popular, intensificando a relação jurídica entre Estado e cidadãos.

O plano diretor foi eleito pela Constituição Federal (art. 182, *caput* e parágrafos) como instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, além de conferir o conteúdo normativo da função social da propriedade urbana. A política urbana é espécie de política pública e depende de uma atuação planejada do Estado que deverá contar com uma ação coordenada das diferentes esferas governamentais, instrumentaliza-se mediante um processo e, ao final, produz um programa que contenha diretrizes a serem observadas pelos cidadãos. Assim, conclui-se que a execução de toda política pública depende da atuação planejada do Estado, idéia esta que se torna ainda mais emblemática quando se trata da política urbana, vez que o plano diretor foi eleito pela Constituição Federal como o instrumento jurídico adequado a sua promoção, de forma que aproxime planejamento e política urbana, aquele como pressuposto desta.

Após aprovado pela Câmara Municipal, o plano diretor assume a natureza jurídica de lei e será obrigatório nas hipóteses arroladas no art. 41, as quais são constitucionais, já que ampliam a hipótese inicial prevista no art. 182, § 1º, da Constituição Federal com a finalidade de promover a ordenação do território do Município para o alcance das funções sociais da cidade. Não se exige aplicação concomitante dos incisos do art. 41, que cuidam das seguintes hipóteses: Municípios com mais de vinte mil habitantes (I); integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas (II); onde o Poder Público Municipal pretende utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 (III); integrantes de áreas de especial interesse turístico (IV); inseridas em áreas de

influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (V). O fato de o art. 52, VII, do Estatuto da Cidade prever a aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, caso o plano diretor não seja elaborado nas hipóteses dos incisos I e II do art. 41, conforme previsão do art. 50, não significa que nas demais hipóteses, na ausência de elaboração do plano diretor, outras sanções não poderão ser aplicadas.

Ademais, o plano diretor deverá trazer, como conteúdo, previsão genérica acerca de todos os instrumentos de política urbana que se pretenda utilizar, e não apenas aqueles arrolados no art. 42, II: direito de preempção (art. 25), outorga onerosa do direito de construir (art. 28), operações urbanas consorciadas (art. 32) e transferência do direito de construir (art. 35). Dessa forma, o princípio da legalidade será respeitado, e o dever de planejar será cumprido, já que serão aplicadas as disposições do plano diretor.

Além do plano diretor, existem outros planos de urbanização, como os planos múltiplos ou setoriais, que disciplinam o uso determinado do espaço, a fim de cumprir as diretrizes gerais do plano diretor. Tais planos servirão de fundamento para as intervenções administrativas, consubstanciadas em atos administrativos, que atingirão a propriedade ou até mesmo o direito de propriedade dos cidadãos.

A análise dos deveres jurídicos decorrentes do planejamento urbano partiu da noção de relação jurídica, conceito essencial ao estudo do Direito, na qual os sujeitos assumem as posições de titulares de direito e de dever, sob o influxo de normas jurídicas. O regime jurídico-administrativo disciplinará a relação jurídico-administrativa, que servirá de base para a aplicação das normas de direito urbanístico. Um cidadão pode exigir determinado comportamento do Estado, com fundamento no ordenamento jurídico, que lhe confere o direito subjetivo público, que dá origem, por sua vez, ao dever do Estado de cumprir o que está previsto no sistema jurídico. A relação jurídico-administrativa é orientada pela finalidade de se alcançar o interesse público, e o dever jurídico encontra seu momento ativo no exercício da função administrativa.

O planejamento identifica-se com atividade, mas também com função estatal, pois se realiza mediante o cumprimento de deveres previstos na Constituição e nas leis, por intermédio das funções política, legislativa e administrativa. Para o cumprimento dos deveres de elaboração e revisão do plano, o Estado vale-se da atividade de planejar e das funções política e legislativa; já para o cumprimento do dever de execução, terá lugar o exercício da função administrativa. Em todas as fases, contudo, deve ser garantida a participação popular.

Com base na leitura do art. 40, § 4º, do Estatuto da Cidade, depreende-se que os deveres jurídicos decorrentes do planejamento urbano são imputáveis aos Poderes Executivo e Legislativo. Na fase de elaboração do plano, o Poder Executivo, que detém a iniciativa de lei do plano diretor, será responsável pela atividade de planejar. Essa atividade consiste na realização de estudos técnicos que diagnosticarão os problemas de ordenação territorial do Município e, assim, fornecerão o substrato material para a elaboração do projeto de lei do plano, que corresponde ao exercício da função política. Depois de elaborado o projeto de lei, ele será submetido ao Poder Legislativo, que poderá ou não aprová-lo. Ressalte-se que o dever do Poder Legislativo, que corresponde ao exercício da função legislativa, é o de apreciar o projeto de lei e não necessariamente aprová-lo. Assim, o que não se admite é a omissão do Legislativo o qual, se entender que o projeto não respeita a Constituição e as leis, em especial o Estatuto da Cidade, bem como as exigências locais de ordenação territorial, deverá rejeitá-lo.

O dever de execução do plano é decorrência lógica do dever de elaboração do plano, pois não se aceita que o Estado elabore um plano de ordenação urbanística sem que promova sua execução. Enquanto o dever de elaboração do plano é direcionado aos Poderes Executivo e Legislativo, o dever de execução do plano é direcionado apenas ao Poder Executivo, que irá cumpri-lo mediante exercício de função administrativa.

É importante observar que a execução do plano de urbanização demandará exercício de competência discricionária por parte do administrador que, diante de dispositivos gerais e prospectivos, como ocorre com o plano diretor, não se valerá somente da interpretação, que será insuficiente para o

alcance do interesse público exigido no caso concreto. Assim, não raras vezes, razões de conveniência e oportunidade fundamentarão a atividade administrativa, exercida, portanto, mediante competência discricionária. Para o direito urbanístico é imperiosa a necessidade de se considerar a realidade no momento da decisão administrativa de execução do plano, com o fim de encontrar equilíbrio entre o interesse público prestigiado na norma, inserida no sistema, e o interesse público que deflui do caso concreto, quando divergentes.

A discricionariedade estará presente se, após a análise da norma a ser aplicada, interpretada à luz de todo o ordenamento jurídico e da situação a ser regulada no caso concreto, o administrador estiver diante de mais de uma situação que possa atender ao interesse público, indistintamente, razão pela qual deverá realizar um juízo de conveniência e oportunidade para a sua escolha final.

A temática da discricionariedade traz à baila o problema dos conceitos jurídicos indeterminados presentes nas normas jurídicas, que representam conceitos de valor, não-teoréticos. Entende-se que os conceitos jurídicos indeterminados contidos no texto de uma norma jurídica podem vir a ensejar exercício de competência discricionária pelo administrador como também podem originar apenas uma solução que corresponda à aplicação da lei ao caso concreto. Dessa forma, não é possível considerá-los como fonte para o exercício de competência discricionária aprioristicamente, ou seja, sem o exame do caso concreto.

Ressalte-se que, ao se valer da discricionariedade, o administrador não se afasta do dever jurídico de execução do plano, ao contrário, pois para atingir a finalidade da lei a utilização do juízo discricionário impõe-se. Assim, agir segundo a convicção que se tem acerca da melhor forma de atingir o interesse público é cumprir um dever jurídico. Ademais, cumpre destacar que não haverá discricionariedade a respeito da execução ou não do plano, mas sim a respeito das medidas necessárias a sua execução.

Antes de fazer uso de sua competência discricionária, deverá o administrador interpretar a norma que lhe confere competência e dela extrair o conteúdo mínimo para a sua atuação, a ser complementado, necessariamente, pelo significado que contêm as demais normas que compõem todo o sistema,

em especial, a Constituição Federal. O conteúdo material oferecido pelo sistema jurídico, a compor o interesse público no caso concreto, será maior do que aquele obtido pelo exame exclusivo da norma que atribui competência ao administrador.

No tocante à discricionariedade, cumpre analisar a discricionariedade técnica, muito invocada em direito urbanístico, em virtude da necessidade de realização de estudos técnicos multidisciplinares durante o planejamento urbano, desde a elaboração do plano até a sua execução. A discricionariedade técnica não representa outra modalidade de discricionariedade, diferente da administrativa. Ao contrário, tanto poderá estar absorvida pela idéia de discricionariedade administrativa como pela idéia de vinculação, a depender da conclusão que os estudos técnicos apontarem.

Outro dever decorrente do planejamento urbano é o da revisão periódica do plano, que se faz necessária na oportunidade em que as alterações do território para fins urbanísticos forem tão significativas que a execução do plano existente tornar-se-ia ineficaz ou ainda quando a própria lei que instituiu o plano prevê sua revisão de tempos em tempos. O dever de revisão periódica do plano aproxima-se mais do dever de elaboração e, portanto, é dirigido aos Poderes Executivo e Legislativo.

Os deveres relacionados ao planejamento urbano não raras vezes são descumpridos pelo Estado, que deixa de realizar, ou realiza de maneira contrária aos preceitos jurídicos, os deveres de elaboração, revisão e execução do plano. O ordenamento jurídico prescreve conseqüências aos atos que representem descumprimento de um dever.

No que tange aos deveres de elaboração e revisão do plano, o Estatuto da Cidade cuidou de estabelecer conseqüências aos agentes públicos que participarem de tais fases do processo de planejamento e praticarem atos considerados ímprobos, nos termos da lei. Já quanto à hipótese de descumprimento do dever de execução do plano, não houve cominação expressa de nenhuma sanção no Estatuto da Cidade ao agente por ele responsável.

Os deveres de elaboração e revisão do plano, por ensejarem a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa, de acordo com o

art. 52, VI e VII, do Estatuto da Cidade, quando descumpridos, terão conseqüências jurídicas direcionadas aos agentes responsáveis pelo descumprimento do dever e serão denominados de atos ilícitos. Já o dever de execução do plano, por não ensejar nenhuma conseqüência jurídica ao agente por ele responsável, em caso de descumprimento, será denominado de ato ilegal, cujas sanções serão direcionadas de forma objetiva à ilegalidade praticada e não aos sujeitos por ela responsáveis.

A improbidade é uma modalidade de imoralidade qualificada, a qual, por sua vez, é uma modalidade de ilegalidade qualificada. O dolo, elemento subjetivo presente na conduta do agente de violar a ordem jurídica de maneira intencional, é o elemento qualificador da ilegalidade enquanto imoralidade. A qualificação jurídica da improbidade administrativa, por sua vez, enquanto espécie do gênero imoralidade, está na previsão de certos comportamentos, como atos de improbidade pelo ordenamento jurídico, ou seja, trata-se de qualificação objetiva.

Para fins de examinar o art. 52, VI e VII, do Estatuto da Cidade, é importante considerar que: agentes políticos, tais como prefeitos e vereadores, são agente públicos, passíveis de responsabilização nos termos da Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa, e deve-se verificar, para fins de identificação da improbidade, conforme previsão do Estatuto da Cidade, apenas as condutas dolosas praticadas. A doutrina entende que as hipóteses previstas no Estatuto da Cidade correspondem às infrações de improbidade previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, que tratam de atos de improbidade por ofensa a princípios jurídicos da Administração.

Em nome do princípio da proporcionalidade, tal visão parece acertada, já que, como não houve previsão expressa no Estatuto da Cidade, as hipóteses ali arroladas deveriam se submeter às sanções mais leves da Lei de Improbidade, que são justamente aquelas referentes ao art. 11 e previstas no art. 12, III. Outro argumento ainda pode ser levantado, já que o plano diretor foi o instrumento escolhido pela Constituição Federal para identificar a função social da propriedade urbana. Se o plano não for elaborado e revisto ou, ainda, não tiver a efetiva participação popular, o princípio da função social da propriedade será afrontado. Assim, ainda que o princípio da função social da

propriedade não esteja arrolado como princípio da Administração no art. 37 da Constituição Federal, essa deve a ele obediência e, desse modo, sua violação dolosa dá ensejo à aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Fora das hipóteses do Estatuto, contudo, não é possível a punição por improbidade de agente pela prática de qualquer outro ato ilegal relacionado ao planejamento urbano. Assim, ainda que a intenção seja viciada, como não se verifica a hipótese legal, haverá, no máximo, responsabilidade administrativa, a depender da disposição do estatuto que rege a conduta do agente público ou, ademais, ofensa ao princípio da moralidade, a ser combatida por intermédio de ação popular, que terá por objetivo a invalidação do ato e a condenação dos responsáveis em perdas e danos, quando configurados, o que não descarta eventual ação de responsabilização extracontratual em face do Estado. Aventa-se, também, a hipótese de responsabilização do agente por “crime de responsabilidade”, infração político-administrativa, que enseja a cassação do mandato do agente político.

Ainda que configuradas todas as espécies de responsabilização acima mencionadas, se não houve, efetivamente, a apresentação do projeto de lei do plano diretor ou de sua revisão, seja diante das hipóteses de responsabilização por improbidade administrativa previstas pelo Estatuto da Cidade seja nas demais hipóteses, não se altera a situação do Município e seus habitantes, que permanecem sem um diploma de ordenação urbanística. Assim, repita-se, para que o interesse da comunidade local seja respeitado e atendido, na omissão do prefeito, admite-se a apresentação do projeto de lei do plano diretor, ou de sua revisão, pela Câmara dos Vereadores. Para cessar a omissão legislativa, o mecanismo indicado no direito positivo é a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Se o dever de execução do plano foi descumprido, ou seja, se a execução do plano deu-se de forma contrária à lei, para a recomposição da ordem jurídica impõe-se a invalidação do ato praticado de forma ilegal, que pode levar à sua retirada do ordenamento jurídico com a expedição ou não de novo ato, a depender do que contiver o dispositivo que foi violado e das circunstâncias do caso concreto. Os atos que representem o descumprimento

de um dever jurídico que ensejem referidas conseqüências são denominados ilegais.

A retirada do ato contará com mecanismos diversos para a sua realização, a depender do momento em que se verifica a ilegalidade no processo de planejamento. Assim, se o vício estiver no texto da lei que aprovou o plano, cuja execução ainda não foi promovida, não haverá que se falar em ilegalidade, mas sim em inconstitucionalidade. Dessa forma, os mecanismos para recomposição da ordem jurídica, a fim de se retirar a lei inconstitucional do sistema jurídico, serão aqueles utilizados para o controle da constitucionalidade das leis.

No tocante aos atos administrativos, a invalidade deve ser estudada com base no panorama de sua extinção. Assim, a ordem jurídica será restaurada tanto pela extinção do ato viciado, hipótese de invalidação, como pela correção de seu vício, hipótese de convalidação. Se estiverem presentes pressupostos para a convalidação, ela deverá ser promovida, por resguardar, além do princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica, uma vez que confere estabilidade às relações constituídas. Nos casos em que a invalidação for necessária, contudo, deve-se admitir a produção de efeitos a partir de sua decretação, ou seja, *ex nunc*, de forma que respeite os direitos adquiridos por intermédio do ato ampliativo de direito considerado ilegal.

Novamente, destaca-se a necessidade de verificação, no caso concreto, dos interesses públicos que estão presentes, os quais, ainda que não correspondam ao interesse público da norma violada, se estiverem garantidos de alguma forma pelo ordenamento jurídico, como ocorre com a boa-fé, devem ser preservados quando for promovida a invalidação.

Caso os atos administrativos necessários à execução do plano não sejam realizados, ou seja, quando há uma omissão estatal, o controle terá por finalidade compelir o Estado, por intermédio de seus agentes, à realização do plano. Pode ocorrer que a omissão estatal em tais casos, em especial no que se refere à execução do plano, provoque sacrifício ao direito de propriedade do particular.

A fim de viabilizar a execução de um plano de urbanização, o Estado estabelece limitações administrativas gerais ao uso e gozo da propriedade, em

especial, com relação ao direito de construir. Pode ocorrer situação, contudo, em que o Estado impõe aos cidadãos as limitações administrativas para viabilizar a execução do plano e posteriormente não o executa, o que representa sacrifício ao direito de propriedade do administrado, de forma que aniquile ou diminua consideravelmente seu valor ou destinação inicial. Assim, a inicial limitação administrativa agrava-se, de modo que atinja parcela maior da esfera jurídica do cidadão e represente o sacrifício do direito, parcial ou total.

Referências bibliográficas

ADRI, Renata Porto. *O planejamento da atividade econômica como dever do Estado*. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2007.

_____. Planejamento estatal e democracia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 287-304.

ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1949.

_____. *Instituciones de derecho administrativo*. Traducción de la 3. ed. italiana Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. Tomo I.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. *Introducción al derecho urbanístico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105-11.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Licitações nas empresas estatais. (Conferência de encerramento proferida no dia 18.06.2004. In: II SEMINÁRIO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO E CONTRATO – DIREITO APLICADO. São Paulo: Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

_____.AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *O conceito de discricionariedade técnica*. Disponível em: <http://celc.com.br/comentarios/159.html>. Acesso em: 14 fev. 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição Atualização* Rosolea Miranda Folgosi. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Improbidade administrativa. Controles do poder político. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 11, p. 59-67, jul.-set. 1995.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites da atuação estatal no controle de preços. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 795, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BATTALINI, Claudemir. Ordenamento urbano: desrespeito ao planejamento municipal nas alterações do zoneamento e uso do solo. In: DISSINGER, Marisa Rocha Teixeira. *Temas de direito urbanístico* 5. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007. p. 185-207.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. Tomo I.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BREWER-CARÍAS, Allan R. *Derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externad Central de Venezuela/Universidad Central de Colombia, 2005. v. I.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1- 49.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. 3. reimp. Revisão e atualização Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Almedina, 1984. v. I e II.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Plano diretor (arts. 39 a 42). In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 318-34.

CAMMAROSANO, Márcio. Fundamentos constitucionais do Estatuto da Cidade. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21-6.

_____. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMPAGNOLA, Antonio. La pianificazione attuativa e il piano particolareggiato. In: *Manuale di diritto urbanístico*, a cura di Nicola Assini. Milano: Giuffrè, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio. *Introducción al derecho urbanístico*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CARRIÓ, Genaro. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 8. ed. Lisboa: Âncora, 2005.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 7. ed. Revisão e reelaboração Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *Direito urbanístico*. Coimbra: Almedina, 2002.

CORREIA, Fernando Alves. *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*. 1. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Manual de direito do urbanismo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1 v.

COSTA, Carlos Magno Miqueri. *Direito urbanístico comparado. Planejamento urbano. Das Constituições aos Tribunais Luso-brasileiros*. Curitiba: Juruá, 2009.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 8. ed. Tradução glossário Fernando de Aguiar Lisboa: Clássica, 1954. v. I.

COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 63, p. 28-36, jul.-set. 1982.

_____. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, n. 57, p. 123-32, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. v. VIII.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. A responsabilidade do agente político. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano 17, n. 2, p. 100-5, fev. 2001.

_____. Instrumentos da política urbana. In _____; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72-86.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. Atualização Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – direito das coisas*. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. 4 v.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Elementos de direito urbanístico*. Barueri: Manole, 2005.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Desalma, 1989.

ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo. *Manual práctico de planeamiento urbanístico*. 3. ed. rev. e adap. a la legislación estatal y autonómica. Granada: Comares, 2006.

FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*. 21. ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2008.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito municipal*. 2. ed. atual e ampl. da obra *Elementos de direito municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ, Sérgio; e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Francisco Whitaker. *Planejamento sim e não*. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, p. 1-21, abr.-maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 19 jan. 2010.

_____. Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 317-27.

_____. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O Estatuto da Cidade e a Lei de Improbidade Administrativa (art. 52). In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coords.). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 371-92.

FORTINI, Cristiana. Plano diretor – temas polêmicos. Discussão sobre a iniciativa para sua elaboração. A imperiosidade de plano diretor para apurar o cumprimento da função social da propriedade. Belo Horizonte, Ano 5, n. 11, jan. 2004. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=12114>>. Acesso em: 27 dez. 2009.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da Cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade administrativa. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; e ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Civitas, 1996.

_____; e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v.

GARCIA, Maria. *Inconstitucionalidades da Lei das Desapropriações. A questão da revenda*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GARCÍA MAYNEZ, Gabriel. *Introducción al estudio del derecho*. 51. ed. México: Porrúa, 2000.

GASPARINI, Diogenes. *O município e o parcelamento do solo*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O Estatuto da Cidade*. São Paulo: NDJ, 2002.

_____. Aspectos jurídicos do plano diretor, Belo Horizonte, ano 7, n. 31, maio 2005. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoshow.aspx?idConteudo=49975>. Acesso em: 27 dez. 2009.

GORDILLO, Agustín A. Aspectos jurídicos del plan. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, n. 12, 1969.

GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Direito urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

JAMPAULO JÚNIOR, João. Plano Diretor: o processo legislativo. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 213-30.

JORGE, Flávio Cheim; e RODRIGUES, Marcelo Abelha. A tutela processual da probidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; e PORTO FILHO, Pedro Paulo de (coords.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 217-28.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 26, p. 115-136.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. 3. ed. 1. reimp. Tradução Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2004. (Debates Urbanismo).

LOEB, Roberto. Aspectos do planejamento territorial urbano no Brasil. In: MINDLIN, Betty. *Planejamento no Brasil*. 5. ed. 2. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 139-60. (Debates Economia).

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 321-38. jan.-mar. 2004.

_____. Normas gerais de direito urbanístico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 67-87, jan.–mar. 2005.

_____. Regime jurídico da licença ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 40, p. 186-216. out.-dez. 2005.

_____. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Poder de polícia. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; e ZOCKUN, Maurício (coords.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier-Latin, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Urbanismo e proteção ambiental. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 39-40, 1976.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Direito de construir*. 9. ed. Atualização Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 16. ed. Atualização Márcio Shneider Reis e Edgard Neves da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENCIO, Mariana. *Regime jurídico da audiência pública na gestão democrática das cidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MINDLIN, Betty. O conceito de planejamento. In: _____. *Planejamento no Brasil*. 5. ed. 2. reimp. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 9-28. (Debates Economia).

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Egon Bockman. O princípio da moralidade e seu controle objetivo. In: PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; e ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 99-107.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. Tradução Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; e BENÍTEZ LÓPEZ, Mariano. *El planeamiento urbanístico*. 2. ed. Madrid: Iustel, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Servidores públicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *La disciplina urbanística*. Madrid: Iustel, 2006.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico – plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006.

_____. *Controle judicial da discricionariedade administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. Tomo 7.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, jul.-set. 1969.

_____. O problema dos limites do poder discricionário. In: *Estudos de direito público*. Coimbra: Dissertações, 1989. v. I.

_____. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo. In: *Estudos de direito público*. Coimbra: Dissertações, 1989. v. I.

RANELLETTI, Oreste. *Teoria degli atti amministrativi speciali*. 7. ed. riveduta e integrata. Milano: Giuffrè, 1945

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SANT'ANA, Ana Maria de. *Plano diretor municipal*. São Paulo: EUD, 2006.

SANT'ANNA, Mariana Senna. Planejamento urbano e qualidade de vida – Da Constituição Federal ao plano diretor. In: DALLARI, Adilson Abreu; e DI SARNO, Daniela Campos Libório (coords.). *Direito urbanístico e ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 141-65.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade e o plano diretor – possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática. In: OSÓRIO, Leticia Marques (org.). *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7.ed. Atualização Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.

_____. *Região metropolitana e seu regime constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Democracia participativa. In: *Cadernos de soluções constitucionais*. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 183-214.

_____. *Direito urbanístico brasileiro*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Júlia Maria Plenamente. *Intervenções do Estado na propriedade decorrentes do planejamento urbano*. Monografia (Especialização em Direito Administrativo). Coordenadoria Geral de Aperfeiçoamento e Extensão – Cogeeae, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. São Paulo, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. *Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: LGDJ, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais. In: DALLARI, Adilson Abreu; e FERRAZ, Sérgio (coordss). *Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001)*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 45-60.

TÁCITO, Caio. Improbidade administrativa como forma de corrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 226, p. 1-3, out.-dez. 2001.

TOBA, Marcos Maurício. Do plano diretor. In: MEDAUAR, Odete; e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (coords.). *Estatuto da Cidade. Lei 10.257, de 10.07.2001. Comentários*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 237-58.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VIALLI, Andrea. Planejamento urbano ganha toques “verdes”. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 19 ago. 2009.

VICHI, Bruno de Souza. *Política urbana. Sentido jurídico, competências e responsabilidades*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Razoabilidade e moralidade. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org). São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Princípio da moralidade: algumas considerações. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; e ADRI, Renata Porto (coords.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 37-45.

ZULETA, Hugo R. Ilícito. In: VALDÉS, Ernesto Garzón; e LAPORTA, Francisco J. (coords.). *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*. Madrid: Trotta, 1996, p. 333-42. Tomo XI (El derecho y la justicia).

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](#)